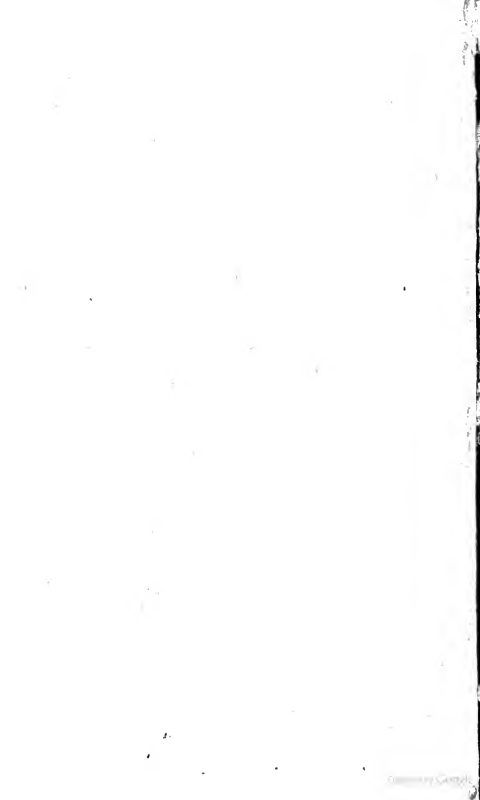




169
D
24



11



CORSO

di

DIRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE.

La presente Opera è messa sotto la tutela della legge.
Si repoteranno contraffatti gli esemplari non muniti
della firma della signora D. Nicoletta Merenda, ve-
dova di D. Giuseppe Amorosi Giudice presso la Gran
Corte civile di Napoli, che ha cura di far pubbli-
care per le stampe i manoscritti della intera tradu-
zione lasciati dal fu suo marito. *N. Merenda*

C O R S O

di

DIRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE,

del Signor **Duranton**,

PROFESSORE NELLA FACOLTÀ DI DIRITTO IN PARIGI,

MEMBRO DELLA LEGIONE DI ONORE.

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA SULLA EDIZIONE PARIGINA, CORREDATA
DI NOTE DIRETTE PRINCIPALMENTE AD ILLUSTRARE LE LEGGI
CIVILI DEL REGNO DELLE DUE SICILIE.

TOMO TREDICESIMO.

NAPOLI,

Dalla Tipografia di Nicola Mosca

—•—•—
1838





CORSO

di

DRITTO FRANCESSE

SECONDO IL CODICE CIVILE

LIBRO III.

*De' differenti modi con cui si acquista
la Proprietà.*

Continuazione del titolo terzo, de' contratti o delle obbligazioni consensuali in generale.

CAPITOLO VI.

*Della pruova delle obbligazioni, e di quella
del pagamento.*

OSSERVAZIONI PRELIMINARI.

SOMMARIO.

1. Ragione delle pruove.
2. L'attore deve prima far la sua.
3. Anche nel caso in cui il convenuto si renda contumace.

6 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

4. *Il convenuto dal canto suo deve provare i suoi mezzi ed eccezioni.*

5. *Modificazione risultante, sì riguardo all' uno che all' altro, dalla facoltà che ha il giudice di deferire il giuramento suppletorio.*

6. *Che intendasi per provare, in dritto civile.*

7. *Differenza fra il dritto criminale ed il dritto civile circa alle pruove.*

8. *Talvolta la legge si contenta di presunzioni in vece di pruove.*

9. *I semplici ragionamenti non sono pruove in dritto; ma il giudice deve aver riguardo alle pruove positive.*

10. *Evvi la pruova di dritto e la pruova di fatto.*

11. *I dottori divisero le pruove in piene e meno piene, o semi-puove.*

12. *Questa distinzione censurata da Cuiacio, fu ammessa dal Codice nel caso del giuramento deferito di ufficio dal giudice.*

13. *Si dividono le pruove in dirette ed indirette.*

14. *Divisione generale della materia.*

1. Dobbiamo ora parlare della pruova delle obbligazioni, e di quella del loro pagamento: ciò compie questo titolo sì importante del Codice.

La ragione, di cui la legge altro non è che l'interprete, vuole in fatti che colui il quale dimanda da un altro l' esecuzione di un' obbligazione sia tenuto a provarne l' esistenza, che stabilisca la convenzione o qualunque altra causa la quale, a dir suo, l' ha prodotta; imperocchè se gli uomini sono per carità e giustizia tenuti a comuni doveri gli uni verso gli altri; se ciascuno di essi è obbligato a fare ciò che può essere utile al suo simile, e ad astenersi da tutto quel che gli potrebbe nuocere, questi doveri generali non costituiscono obbligazioni in dritto. Circa a queste ultime, sono esse speciali, lungi di risultare da un dovere comune a tutti gli uomini;

non si suppone che esistano, ma bisogna al contrario che siano provate, perchè si reputa di non essersi ciascuno obbligato. Da ciò sorge quella regola generale stabilita dal Codice (art. 1515 c. c. = 1269 ll. cc.), « Colui che domanda l'esecuzione « di un' obbligazione deve provarla », *Semper necessitas probandi illi qui agit*; l. 21, ff. de probat.

2. Finchè non abbia fatto la sua pruova, non incumbe al convenuto di provare cosa alcuna, e deve essere liberato dalla dimanda: *Actore non probante, qui convenitur, etsi ipse nihil præstet, obtinebit*; l. 4, in fine, Cod. de edendo.

Io pretendo che tu mi devi 1,000 franchi, e te li dimando in giudizio: tu dici di non dovermi cosa alcuna, ed allora debbo provare che mi devi questi 1,000 franchi: se io non lo fo, tu devi essere liberato dalla dimanda, ed io condannato alle spese. Sei unicamente tenuto a dichiarare che non devi, giacchè il tuo silenzio sarebbe una tacita confessione del debito, ed ancora sei in obbligo di fare questa dichiarazione sol quando io abbia spiegato la causa dell' obbligazione e ti abbia intimato di dichiarare se ti opponi alla mia dimanda: fino a quel punto tu puoi anche startene assolutamente in silenzio.

Puoi del resto limitarti a negare che mi devi, e la tua negativa basta, non avendo bisogno di essere giustificata per mezzo di pruova, allorchè non abbia io medesimo potuto giustificare la mia dimanda: *Actor quod adseverat probare se non posse*

8 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

profiterendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: CUM PER RERUM NATURAM FACTUM NEGANTIS PROBATIO NULLA SIT; l. 25, Cod. de probat. et præsumpt.

Ed avverrebbe lo stesso abbenchè il convenuto allegasse un qualche fatto o una qualche circostanza per dimostrare che non deve la cosa che gli si dimanda; per esempio, che non potè obbligarsi il tale giorno, nel tale luogo, come lo pretende il convenuto senza provarlo, attesochè esso convenuto era nello stesso giorno lontano più di 100 leghe dal luogo designato: nè sarebbe in obbligo di provare l'*alibi* che avesse allegato, potendo abbandonare questa allegazione senza temere di essere condannato, poichè non avvi pruova della dimanda.

Nelle azioni per rivendicazione, l'attore deve anche provare il suo dritto di proprietà: non gli basterebbe provare che il convenuto neppur egli è proprietario; l. 2, Cod. *de probat.*, e l. ult. Cod. *de rei vindic.*

In somma la regola è generale per tutte le azioni, sì reali che personali: l'attore deve in qualunque caso provare la sua pretensione.

Non bisogna anche scorgere, propriamente parlando, una eccezione a questa regola, nel caso dell'azione detta *negatoria*, di cui si tratta nel § 2, *Instit. de actionib.*; giacchè se in quest'azione l'attore è liberato dalla pruova della sua dimanda, cioè dall'obbligo di provare che il suo fondo non deve, come egli lo pretende, alcuna servitù al convenuto,

il quale nondimeno ve la esercita, ciò avviene pure per applicazione della regola, *factum negantis nulla est probatio*, attesechè i fondi si *presumono* liberi.

Appunto per lo stesso motivo, il minore che nel dritto romano intentava l'azione sussidiaria contra i magistrati i quali avevano ammesso per lui de'garanti allora non bastantemente solvibili per essere responsabili dell'amministrazione del tutore, non aveva obbligo di provare l'insolvibilità di questi garanti nel tempo in cui erano stati ammessi; giacchè sarebbe stato lo stesso che obbligarlo a provare una negativa, cioè che essi non erano solvibili: adunque incumbava al contrario ai magistrati il provare che essi erano solvibili; l. 11, ff. *de probat.*

Infine nel caso dell'eccezione non *numerate pecunie*, non spettava a chi le invocava il giustificare che il danaro non gli si era sborsato, poichè sarebbe stato lo stesso che astringerlo a provare una mera negativa; spettava al contrario all'attore il provare che aveva sborsata la somma; l. 3 e 10, Cod. *de non num. pecun.*

3. Ed anche nel caso in cui il convenuto si renda contumace, e per conseguenza in quello nel quale non impugni le conclusioni dell'attore, non si giudica ancora coerentemente a queste medesime di lui conclusioni se non quando sono trovate dal tribunale giuste e ben verificate; art. 150 c. pr. civ. = 244 ll. pr. civ.

4. Ma allorchè l'attore abbia fatto la sua pruo-

va e stabilito l'esistenza di un credito a favor suo, in tal caso spetta al convenuto il provare da parte sua la propria liberazione, se pretenda che questo credito, il quale è in fatto esistito, non esista più, che sia stato estinto pel tale o tal fatto, per la tale o tal causa, e che esso convenuto abbia da opporre una eccezione. « Reciprocamente, dice l'art. 1315 c. c. = « 1269 ll. cc., chi pretende di essere stato liberato, « deve giustificare il pagamento o il fatto che ha « prodotto l'estinzione della sua obbligazione ».

Quindi se egli pretenda che era incapace di obbligarsi al tempo dell'atto, o che si obbligò per errore, per dolo, in istato di ubbriachezza, per violenza ec., incombe a lui il provare la sua assertiva; giacchè diviene attore a sua volta circa a questa assertiva o eccezione: *Nam reus in exceptione actor est*; l. 1, ff. *de except.*: *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere*; l. 19, ff. *de probat.*:

5. Nondimeno quando diciamo che l'attore deve soccombere nella sua dimanda e colle spese, allorchè non provi la sua pretensione, ed il convenuto nella sua difesa, allorchè non istabilisca la sua liberazione, è questa una regola generale che soffre qualche modificazione in quanto al giuramento decisorio che il giudice può deferire ad una delle parti qualora la dimanda o la eccezione non sia pienamente provata, e qualora nettampoco sia mancante totalmente di pruova; art. 1367 c. c. = 1321 ll. cc.

Evvi pure una modificazione, come tra poco diremo, allorchè il giudice possa determinarsi in forza di presunzioni (art. 1553 c. c. = 1307 ll. cc.), giacchè le presunzioni non sono pruove, ma soltanto ne fanno le veci.

6. Provare, in dritto civile, è stabilire la verità in modo legale, coi mezzi dalla legge giudicati più idonei a farla scoprire. Ed i mezzi che il Codice ammette sono :

La pruova per iscritto ,

La pruova testimoniale ,

Le presunzioni ,

La confessione della parte ,

Ed il giuramento; art. 1516 c. c. = 1270 ll. cc.

Le dottrine speculative, le induzioni, tutti quegli effetti dell' arte e dell' animo, mediante i quali i filosofi e gli oratori persuadono chi li legge o gli ascolta, non sono altrettante *pruove* nel senso che la legge civile attribuisce a questa parola: sono presunzioni, se vogliasi, che il fatto asserito o impugnato sia vero o falso; sono *semi-certezze*, per adoperare il linguaggio de' metafisici, i quali crederono possibile di sottoporre a calcolo i diversi gradi di probabilità del tale o tal fatto, della giustizia del tale o tal ragionamento, della tale o tale opinione, ma non sono generalmente pruove idonee a stabilire le obbligazioni o la loro esecuzione.

7. In ciò il dritto civile differisce dal dritto criminale, che domanda soltanto ai giurati se mai sieno convinti della reità dell'accusato, senza pre-

scrivere ad essi di formare il loro convincimento soltanto in forza di regole o di pruove speciali (art. 342 c. ist. cr.); imperocchè quante volte un fatto sia impugnato, il dritto civile richiede che questo fatto si provi secondo le regole da esso stabilite a tal effetto: non autorizza i giudici, almeno in generale, a riconoscerne l'esistenza ai colori più o meno abbaglianti di cui un abile difensore può rivestire i suoi ragionamenti; vuole che la verità di questo fatto sia la stessa per tutti, da chiunque venga esposta.

8. Nondimeno la legge in vece di pruove propriamente dette, si contenta talora di semplici presunzioni, o conseguenze che il magistrato desume da un fatto noto ad un fatto ignoto; ma ciò avviene quando la necessità il vuole, ed eziandio temendo l'errore dell'umano giudizio, permette al magistrato di determinarsi col loro soccorso sol quante volte tali presunzioni sieno gravi, precise e concordanti, e nei casi unicamente in cui fosse autorizzato ad ammettere le pruove testimoniali, nei quali casi l'interesse della lite è in generale modico, ed in quelli puranche in cui si trattasse di scoprire il dolo o la frode opposti agli atti; art. 1353 c. c. = 1307 II. cc.

9. Quindi le pruove artificiali o risultanti dal ragionamento e dall'arte di presentare le circostanze di un fatto; non sono pruove legali, almeno generalmente: neanche fanno le veci di pruove positive, eccetto nei casi soltanto in cui la legge autorizza il magistrato a decidersi col loro soccorso,

allorchè sieno conseguenze di un fatto noto ad un fatto ignoto, che cercasi di scoprire in forza del legame che esiste fra essi; e la loro efficacia è anche rimessa alla dottrina ed alla prudenza del magistrato.

Al contrario per le pruove positive, quelle che una parte medesima abbia somministrato contro di essa in forza di atti pubblici, o di atti in scrittura privata da essa riconosciuti, o considerati per riconosciuti in caso che s'impugni il carattere o la firma, non può il giudice legalmente negarsi a prestarvi fede finchè la forza di questi atti non sia distrutta coi mezzi indicati dalla legge. Dicasi lo stesso della forza che la legge attribuisce alla cosa giudicata, e di tutte le presunzioni da essa stabilite con qualche disposizione particolare, se non abbia riservato la pruova contraria, della confessione fatta in giudizio da una parte e del giuramento giudiziario. Non potrebbe il magistrato, qualunque fosse la sua personale opinione, che anzi il suo positivo convincimento intorno al fatto impugnato, astenersi dal pronunciare secondo la pruova legalmente somministrata di questo medesimo fatto, di uniformarvi la sua sentenza.

Così, qualora una parte abbia deferito all'altra il giuramento sopra il tale fatto, e siasi prestato il giuramento, il giudice, quando anche fosse convinto di essersi falsamente prestato, non può astenersi dal decidere in conformità del giuramento; giacchè la parte medesima che lo ha deferito non sa-

rebbe ammessa a provarne la falsità; art. 1565 c. c. = 1317 II. cc. Il giudice può anch'egli ingannarsi. Altronde se la legge avesse creduto di accordare alla parte che ha deferito il giuramento, il dritto di provare che il suo avversario ha commesso uno spergiuro, ed il dritto di dire in conseguenza che il giuramento deve reputarsi non avvenuto, avrebbe per la medesima ragione concesso benanche alla parte che lo ha prestato il dritto di difendersi e di distruggere le asseritive del suo avversario: or questa parte sarebbe anche privata di tal mezzo se il magistrato obbedendo alla sua personale opinione, giudicasse contra la verità legale del giuramento; lo che sovvertirebbe ogni idea di giustizia e schiuderebbe l'adito a massimi abusi, a pericolosissimo arbitrio. Vi sono due uomini nel giudice: l'uomo privato e l'uomo pubblico. L'uomo pubblico deve uniformarsi alle leggi, e le leggi vogliono che il giuramento deferito da una delle parti all'altra, e regolarmente da costei prestato, *decida* la controversia; per cui vien chiamato decisorio. Ha tra esse la forza di regolare transazione.

Così pure, allorchè una parte produca contra l'altra un atto autentico, che questa per mancanza di pruova o per timore non osa impugnare di falso, il giudice il quale opinasse di esser falso tale atto, che ne avesse anche la certezza, sarebbe nondimeno in obbligo di uniformarvi la sua decisione finchè la parte contro cui vien prodotto non l'impugnasse coll'iscrizione in falso, e finchè questa

iscrizione non fosse seguita dalla sottoposizione ad accusa dell'imputato di falso; salvo cioè che è stabilito pel caso di falso incidente dall'art. 1519 c. c. = 1273 ll. cc.; imperocchè l'atto autentico fa piena fede della convenzione che racchiude fra le parti contraenti e loro eredi, o coloro che han causa da esse; *ibid.* Or se fa piena fede in virtù della legge, non gli può il giudice togliere la sua forza privandolo del suo effetto, qualunque sia altronde la sua personale opinione, il suo convincimento anche intorno alla falsità di questo atto.

Ma, dirassi, come mai un giudice potrebbe essere costretto di sentenziare contro la sua coscienza? Egli non compromette la sua coscienza adempiendo il dovere che gl'impone la legge. Oprerebbe al contrario temerariamente, ed in conseguenza contra i doveri della coscienza di un buon giudice, se non avesse alcun riguardo ad un atto a cui la legge attribui la virtù di far per sè stesso piena fede. Giudicherebbe così questo atto in un aspetto pel quale non è giudice, e lo giudicherebbe senza l'adempimento delle formalità che la legge riguardò come necessarie per riconoscere in sicuro modo la falsità, almeno per quanto vien dato agli uomini di conoscere il vero; lo giudicherebbe anche senza contraddittore, senza che la parte che lo ha prodotto potesse somministrare le sue pruove ed abbattere le ragioni le quali fan credere al magistrato di esser falso l'atto; lo che sarebbe una mostruosità in giurisprudenza, in cui ciascuna parte

ha e deve aver sempre il dritto di distruggere con tutti i mezzi che sono a sua disposizione le pruove e le assertive che gli vengono opposte.

In senso inverso, nettampoco può il giudice pronunziare secondo il suo personale convincimento, se la legge non abbia ammesso il genere di pruova su cui l'attore basasse la sua dimanda: per esempio, un giudice il quale fosse stato testimone con altre persone di un mutuo di 500 franchi fatto da Paolo a Filippo nella tale circostanza, non potrebbe ammettere Paolo a provare per mezzo di testimoni la realtà del mutuo negato da Filippo, nè condannar quest'ultimo, salvo a Paolo di deferire il giuramento al suo avversario ed allora al giudice di condannar costui, qualora si neghi a prestarlo.

Del resto il giudice ha generalmente il potere di valutare i semplici fatti accidentali che può presentare la causa, e d'interpretare le clausole oscure ed ambigue. Abbiamo già spiegate le regole che la legge gl'indica a tal riguardo.

10. Dividonsi le pruove in pruove di dritto e pruove di fatto.

Le prime sono le stesse disposizioni della legge. Ciascuna parte può invocar quelle che sono a favor suo, ed incumbe al magistrato l'esaminare se riferiscansi alla causa, se la decidano, ed il farne una giusta applicazione, o rigettarle se non si applichino alla specie, ovvero se sieno state abrogate da altre. Ma non può negarsi a giudicare sotto pre-

testo di silenzio, oscurità o insufficienza della legge, mentre si renderebbe colpevole di denegata giustizia; art. 4 c. c. = 4 ll. cc.

Le seconde sono le prove che somministrano gli atti, o altri fatti avvenuti tra le parti ed i quali vengono dimostrati sia per mezzo di testimoni, nel caso in cui la legge ne autorizza la prova in tal modo, sia con la confessione di una parte, o col giuramento, sia infine in virtù delle deduzioni e conseguenze che il magistrato desume da un fatto noto ad un fatto ignoto, allorchè la legge l'autorizza ad invocare il loro soccorso.

11. I dottori (1) divisero le prove in *piene* e *meno piene*, o *semipiene*.

Le prime sono quelle che risultano da un atto autentico, o anche in scrittura privata, il cui carattere sia riconosciuto o si abbia per riconosciuto; quelle che risultano dalle presunzioni stabilite dalla legge, se non abbia essa riservata la prova in contrario, o anche quando l'abbia riservata, se questa prova non sia prodotta; quelle pure che risultano dall'uniforme deposizione di molti testimoni non recusati o non legalmente recusati, dalla confessione della stessa parte, se non sia la conseguenza di un errore di fatto, e dal giuramento prestato o negato da essa. Il magistrato, come lo abbiamo detto, deve uniformare la sua sentenza a queste prove.

(1) V. Mascardo, *de probat.*, tomo I, *quest.* 4, n.º 5.

Le altre sono quelle che bastano a scuotere la credenza, ma senza produrre una intera persuasione, e dalle quali non risultano che probabilità, verisimiglianze: tali sono le presunzioni rimesse alla prudenza del magistrato, la deposizione di un solo testimone.

12. Nondimeno questa divisione delle pruove in *piene e semipiene* fu impugnata da più di un giureconsulto (1). *Ut veritas*, dice Cuiacio, *ad Codicem*, tit. *ad Legem Juliam mæst.*, verso la metà, *ut veritas ita probatio scindi non potest. Quæ non est plena veritas est plena falsitas, non semi veritas. Sic quæ non est plena probatio, plane nulla probatio est.* Ed aggiunge che i Romani non conobbero semipruove: *non noverunt ullam probationem semiplenam.*

Pur nondimeno il Codice civile stabilì questa distinzione, dicendo che il giudice non potrà deferire il giuramento, sia sulla domanda dell'attore, sia sulla eccezione opposta, se non colle seguenti due condizioni:

1.^o Che la dimanda o la eccezione non sia *pienamente provata*;

2.^o Che le medesime non siano *mancanti totalmente di pruova*; art. 1567 c. c. = 1321 ll. cc.

Dunque evvi *pruove* che non sono complete, o *semipruove*.

13. Dividonsi anche le pruove in *dirette ed in-*

(1) Merlin, *Repertorio di Giurisprudenza*, v. *pruova*, sez. 3, n.^o 4, terza edizione.

dirette, ma questa divisione è piuttosto necessaria in dritto criminale che in dritto civile.

Io provo *direttamente* di aver mutuato a Paolo 300 franchi, se produco la sua obbliganza, che non vien da lui impugnata.

E provo *indirettamente*, e nondimeno in modo irrefragabile, di non aver firmato il tale atto, il tale giorno, in Parigi, se provo che in questo medesimo giorno io era in Roma.

Tutte le pruove di *negazione* che si trasforma in affermazione di un fatto positivo contrario, sono pruove indirette.

14. Svilupperemo in appresso queste regole generali: basta dire per ora che il Codice, come lo abbiamo fatto osservare, riconosce cinque modi di stabilire le obbligazioni ed il loro pagamento:

- 1.º La pruova per iscritto,
- 2.º La pruova testimoniale,
- 3.º Le presunzioni,
- 4.º La confessione della parte,

E 5.º Il giuramento; art. 1316 c. c. = 1270 ll. cc.

Tutte le pruove in dritto civile si riferiscono all'uno o all'altro di questi modi di stabilire le obbligazioni ed i pagamenti.

Noi seguiremo quest'ordine generale.

SEZIONE PRIMA.

Della pruova per iscritto.

SOMMARIO.

15. *Da quante specie di atti possa risultare la pruova per iscritto.*

15. La pruova per iscritto è quella che risulta da scritture autentiche o private delle parti, o di una di loro.

È una confessione, una ricognizione da parte loro della convenzione o del fatto contenuto nella scrittura; giacchè, ed astraendo dai terzi, ogni pruova per iscritto non è altra cosa che una confessione della persona a cui viene opposta, o del suo autore.

Evvene di molte specie :

I titoli autentici ,

Le controscritture ,

Le scritture private ordinarie ,

I registri de' negozianti ,

Le semplici scritture domestiche delle persone non negozianti ,

Le lettere missive , le note , le scritture messe in dorso de' titoli , le quietanze ,

E le taglie , che formano pure una specie di pruova per iscritto ,

Vi sono poi le copie di titoli ,

Ed infine gli atti di ricognizione e di conferma.

Tali sono gli oggetti generali che si riferiscono

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 21
alla pruova letterale, e che vengono trattati nel
Codice sotto la prima sezione di questo capitolo.

§ I.^o

Del titolo autentico.

SOMMARIO.

16. *Definizione dell'atto autentico, e di quante specie ce ne ha.*
17. *I processi verbali di conciliazione sono pure atti autentici: l'art. 54. c. pr. non è contrario.*
18. *Confusione nelle leggi e nella pratica, delle parole titolo ed atto, e distinzione tra l'uno e l'altro.*
19. *Le forme degli atti rogati da notai sono esposte nella legge del 25 ventoso anno XI sul Notariato.*
20. *Rimessione circa ai testamenti per atto pubblico o mistici.*
21. *I notai sono i funzionarj pubblici stabiliti per ricevere gli atti a cui le parti debbono o vogliono dare autenticità.*
22. *Conseguenza.*
23. *I notai sono istituiti a vita.*
24. *Essi hanno obbligo di prestare il loro ministero quando ne vengono richiesti.*
25. *La loro residenza è determinata dal governo.*
26. *Non possono esercitare atti del proprio ministero fuori la loro giurisdizione.*
27. *Le loro funzioni sono incompatibili con quelle specificate dalla legge.*
28. *Non possono rogare atti nei quali intervenissero essi o i loro prossimi parenti, o che contenessero disposizioni a vantaggio degli uni o degli altri.*
29. *Gli atti sono ricevuti da due notai, o da un notaio assistito da due testimoni.*
30. *La presenza del secondo notaio alla ricezione dell'atto non è tuttavia riguardata sino a questo dì come rigorosa, salvo per ciò che riguarda i testamenti per atto pubblico.*
31. *Qualità che debbono avere i testimoni negli atti de' notai, all'infuori dei testamenti.*

22 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

52. *Pei testimoni nei testamenti, il Codice civile (art. 980) regola le qualità che debbono avere.*

53. *Talune condanne formano ostacolo ad essere testimone negli atti pubblici.*

54. *Non è necessario di tentare la via di falso contra l'atto per provare che uno de' testimoni non poteva figurarvi in tale qualità.*

55. *L'errore pubblico sulla qualità di un testimone lo renderebbe scusabile, ed impedirebbe le nullità dell'atto per questa causa.*

56. *Due notai parenti o affini in grado determinato dalla legge non possono concorrere al medesimo atto. Non esiste lo stesso divieto pei testimoni.*

57. *Diverse persone che non possono essere testimoni.*

58. *Il nome e cognome, la professione ed il domicilio delle parti debbono essere conosciuti dai notai, e venir loro attestati da due cittadini ad essi cogniti e che abbiano le qualità di testimoni.*

59. *Gli atti debbono enunciare il nome e cognome, nonchè il luogo ove risiede il notaio che li roga.*

40. *Come pure il nome, cognome e domicilio de' testimoni instrumentarij, il luogo dove gli atti sono rogati, e la loro data.*

41. *La menzione della qualità di notaio non è richiesta sotto pena di nullità; ma può essere supplita per mezzo di enunciazioni indicanti tale qualità.*

42. *In qual modo possa indicarsi il luogo dove l'atto vien formato.*

43. *Come debbano distendersi gli atti: che intendasi per un solo e medesimo contesto.*

44. *Gli atti sono sottoscritti dalle parti, dai testimoni e dai notai, con menzione di tale formalità. Le parti che non sappiano o non possano sottoscrivere, ne fanno la dichiarazione, la quale è ugualmente menzionata.*

45. *La menzione della firma de' notai, richiesta dalla legge del 25 ventoso anno xi, fu nondimeno riguardata come inutile dal Consiglio di Stato, il cui parere, approvato, venne inserito nel Bullettino delle leggi.*

46. *La menzione del motivo per cui una parte fu impedita di sottoscrivere non è richiesta dalla legge di ventoso, come lo è dall'art. 973 c. c. circa ai testamenti per atto pubblico.*

47. *Se la parte che sapeva e poteva sottoscrivere abbia dichiarato di non saperlo o di non poterlo, l'atto non è nullo per ciò; ma un testamento dovrebbe esserlo.*

Tit. III. De'contratti o delle obblig. conv. 23

48. *La firma delle parti dev'essere in generale del cognome come è espresso negli atti di nascita.*

49. *Come debbano porsi le chiamate e le postille.*

50. *Conseguenze.*

51. *Non vi debbono essere casature o spazj in bianco.*

52. *Conseguenze.*

53. *Osservazione sulla viziatura della data di un testamento olografo.*

54. *La legge non pronunzia espressamente la nullità delle parole cassate : motivi di questa reticenza.*

55. *I notai sono in obbligo di serbare minuta degli atti che rogano , salvo talune eccezioni.*

56. *Ma i testamenti per atto pubblico non sono nel numero di queste eccezioni : in conseguenza il notaio non deve privarsi della minuta , quando anche gliela dimandasse il testatore.*

57. *Il dritto di rilasciare prime copie autentiche in forma esecutoria e spedizioni appartiene soltanto al notaio possessore della minuta.*

58. *Non possono i notai spogliarsi di alcuna minuta , eccetto nei casi preveduti dalla legge , ed in virtù di sentenza.*

59. *Non possono rilasciare spedizioni se non alle parti interessate , salvo ordinanza contraria del presidente del tribunale.*

60. *Le sole prime copie autentiche sono rilasciate in copia esecutoria.*

61. *Si rilascia una copia autentica a ciascuna parte ; devesene far menzione sulla minuta , e non possono esserne rilasciate altre senza il consenso di tutte le parti interessate o senza un'ordinanza del presidente del tribunale.*

62. *Formalità da osservarsi per ottenere una seconda copia autentica in virtù della permissione del giudice.*

63. *Se nel rilascio delle copie autentiche il notaio abbia bisogno di essere assistito dal secondo.*

64. *Gli atti de' notai debbono essere legalizzati allorchè se ne voglia far uso in luogo lontano : che intendasi per legalizzazione.*

65. *Il notaio sospeso , deposto o supplito appena che gliene sia stato fatta la notificazione , deve cessare dall' esercizio della sua professione.*

66. *La legge del 25 ventoso anno XI abroga tutte le leggi anteriori per ciocchè vi fosse contrario.*

67. *Di più , gli atti debbono distendersi in lingua francese.*

24 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

68. *L'atto nullo come atto autentico per incompetenza o incapacità dell'uffiziale pubblico, o per difetto di forma, vale come scrittura privata, se sia sottoscritto dalle parti.*

69. *Ma bisogna a tal uopo che possa valere come scrittura privata, lo che non è per rispetto agli atti di donazione, ai contratti di matrimonio ed alle convenzioni d'ipoteca.*

70. *L'incompetenza o l'incapacità dell'uffiziale che ha ricevuto l'atto può aver luogo in parecchi casi, che non bisogna confondere.*

71. *In quello in cui l'uffiziale pubblico era incompetente sol perchè esercitò atti del proprio ministero fuori la sua giurisdizione, l'atto firmato dalle parti vale come scrittura privata, ancorchè contenesse convenzioni sinallagmatiche: non sarebbe applicabile l'art. 1325 c. c.*

72. *Se le convenzioni sinallagmatiche sono solidali, coloro che non hanno sottoscritto non sono obbligati; ma quelli che han firmato non lo sono meno se l'atto sia stato sottoscritto dall'altra parte.*

73. *E nel caso di obbligazione meramente unilaterale o di riconoscizione di debito, l'atto varrebbe come scrittura privata, benchè fosse sottoscritto dal debitore soltanto: nettamente non sarebbe applicabile l'art. 1326 c. c.*

74. *Se l'atto si fosse formato avanti un uffiziale pubblico diverso da un notaio, quando era del ministero de' notai, non varrebbe anche come scrittura privata, se non quando si fossero osservate tutte le condizioni richieste per gli atti di questa specie.*

75. *Gli atti rogati da un notaio sospeso, interdetto o deposto prima che gli si fosse notificata la sospensione ec., sono autentici.*

76. *Secus circa a quelli i quali siensi rogati dopo la notificazione, quando anche le parti avessero ignorato l'incapacità del notaio.*

77. *Ma gli atti ricevuti da individui nominati notai senza riunire le condizioni richieste, sono nondimeno validi come atti autentici.*

78. *La nullità dell'atto, anche come scrittura privata, non produce la nullità dall'obbligazione per mutuo o altra causa reale: soltanto converrà provare il debito altrimenti che con l'atto.*

79. *Quid delle convenzioni, in questo caso, se l'atto non sia stato nè eseguito, nè altrimenti confermato?*

80. *L'atto autentico fa piena fede della convenzione che contiene fra le parti e loro rappresentanti.*

81. *Prova ugualmente il fatto, rem ipsam, riguardo ai terzi, ma non gli obbliga: conseguenze.*

82. Nelle antiche regole, l'atto autentico faceva piena fede non ostante l'iscrizione in falso e la sottoposizione ad accusa dell'imputato di falsità.

83. Oggidì la sottoposizione ad accusa sospende l'esecuzione dell'atto, ma la sola querela non la sospende: i tribunali possono nondimeno sospenderla nei casi d'iscrizione in falso incidente.

84. Nettampoco è sospesa dall'accusa di dolo o di violenza, o altri vizj intrinseci.

85. Ma la parte non è obbligata d'impugnare col mezzo dell'iscrizione in falso l'atto contenente questi vizj.

86. Che mai sia la querela di falso, ed in quali modi si commetta la falsità in scrittura autentica.

87. Colui al quale si presenta una copia autentica o di prima spedizione ch'egli sospetta di non essere uniforme alla minuta, può richiederne l'esibizione; ma vi sarebbe pure falsità qualificata, benchè non vi fosse stata falsificazione che nella copia autentica.

88. Diverso sarebbe se la falsificazione cadesse soltanto sopra una semplice copia, anche della prima copia autentica.

89. Due specie d'iscrizioni in falso: la querela di falso, ovvero il falso principale o criminale, e l'iscrizione in falso incidente o falso civile. Contro chi si dirige la prima e che mai essa supponga.

90. Può aver luogo anche prima che l'autore del falso abbia fatto uso dell'atto, o dopo una iscrizione in falso civile.

91. Nel caso di morte del colpevole, la nullità dell'atto come falso può dimandarsi innanzi ai tribunali civili contra i suoi eredi.

92. Da quando comincia a decorrere la prescrizione dell'azione criminale e dell'azione civile in materia di falso; e se dopo essersi acquistato la prescrizione possa ancora dimandarsi in linea civile la nullità dell'atto per causa di falso.

93. Testo dell'art. 214 c. pr. sul falso incidente civile.

94. Senso delle parole « Sarà ammesso a tentare la procedura di falso se vi ha luogo ».

95. Che deve fare precedentemente colui che vuol tentare la procedura di falso in giudizio civile.

96. L'atto, sia autentico sia in scrittura privata, fa fede eziandio tra le parti di ciò che vi è espresso anche in termini semplicemente enunciativi, purchè l'enunciazione abbia un diretto rapporto colla disposizione.

97. Delle enunciazioni che non hanno un diretto rapporto con la dispositiva dell'atto.

26 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

98. *L'effetto delle semplici enunciazioni è generalmente nullo riguardo ai terzi.*

99. *Che intendasi per controscritture e loro motivi.*

100. *Esse hanno effetto tra le parti e loro eredi, e non contra i terzi.*

101. *Le controscritture furono sempre mirate sfavorevolmente, e perchè? Disposizione della legge del 22 glaciale anno VII sul Registro.*

102. *Ne risultava nullità anche tra le parti, quando la controscrittura aveva per oggetto un aumento di prezzo.*

103. *Non è lo stesso dopo il Codice: discussione in Consiglio di Stato a tal riguardo.*

104. *Applicazione della regola che le controscritture non hanno effetto riguardo ai terzi.*

105. *Altro esempio.*

106. *Come debba formarsi la controscrittura per avere effetti anche tra le parti, quando contenga convenzioni sinallagmatiche.*

107. *E quando contenga per una sola parte obbligazione di pagare una somma o qualche altra cosa valutabile.*

ART. I.

Osservazioni preliminari.

16. L'atto autentico è quello ch'è stato ricevuto da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l'atto si è steso e colle solennità richieste; art. 1517 c. c. = 1271 ll. cc.

Evvene di molte specie.

Tali sono gli atti dello stato civile, distesi dagli uffiziali che hanno di ciò incarico;

Gli atti dell'autorità, come le leggi, le ordinanze, i trattati di pace, d'alleanza e di commercio;

I processi verbali, e gli atti distesi dagli uffiziali

incaricati di comprovare i delitti, ma colle limitazioni e distinzioni stabilite dalle leggi;

Gli atti del ministero degli uscieri;

Quelli de' notari;

Ed infine le sentenze ed altri atti giudiziarij.

17. I processi verbali di conciliazione innanzi ai giudici di pace sono pure atti autentici, non ostante le parole dell' art. 54 c. pr. : « Le convenzioni « delle parti inserite nel processo verbale hanno « forza di *obbligazione privata* »; il che vuol dire soltanto che le parti non possono stipularvi alcuna ipoteca, e che le convenzioni non hanno per sè stesse esecuzione *parata*, giacchè non si volle che le parti potessero con questa via eludere il ministero de' notari. Ma il processo verbale di conciliazione essendo disteso da un pubblico uffiziale, sotto gli auspicj di un magistrato, è un atto autentico, il quale fa piena fede per sè stesso come gli altri atti autentici.

Le convenzioni sinallagmatiche che esso racchiude, come le transazioni, le cessioni reciproche e tutte le convenzioni le quali per natura loro producessero obbligazioni da una parte e dall'altra, sono valide, senza che si possa opporre di non esser fatte per via di atti in doppio originale, come il richiede l'art. 1525 c. c. = 1279 ll. cc. per le scritture private le quali contengano convenzioni sinallagmatiche; giacchè questi processi verbali non sono altrettante scritture private.

18. Le parole *titolo* ed *atto* sono spesso confuso

nel Codice. Così, la rubrica del § 1 di questa sezione dice del *titolo autentico*, e tutti gli articoli di poi parlano dell' *atto*.

Il titolo è la *causa* del dritto; il titolo di un compratore, è la compra; il titolo di un fittaiuolo, è la locazione: adunque il titolo si confonde colla convenzione o col contratto.

Quando dicesi che per prescrivere con dieci e venti anni bisogna un giusto titolo, intendesi dire che bisogna una giusta causa di possesso, come la compra, la donazione, il legato; ed allorchè si aggiunge che il titolo nullo per mancanza di forma non può servire di base alla prescrizione di dieci e venti anni (art. 2267 c. c. = 2173 ll. cc.), si ha in mira l' *atto*, sola cosa che possa rivestire una *forma*.

La parola *atto*, *actus*, dal verbo *agere* significa ciò che si è fatto, cioè che è avvenuto tra le parti; ed in questo senso intendesi spesso per la convenzione, pel contratto: *ACTUM quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur: ut in stipulatione vel numeratione; l. 19, ff. de verb. sig.* Ma spesso intendesi anche per la prova del titolo o della convenzione, per lo scritto disteso a fin di comprovarla; ed appunto in questo aspetto vien qui riguardato. In tal senso gli atti si chiamano *instrumenta* nelle leggi romane, giacchè sono destinati ad *istruire*, *instruere*, di ciò che è avvenuto tra le parti, *quod actum est*.

Queste parole *titolo*, *atto*, non sono dunque si-

nonime , benchè spesso sieno confuse. Puossi avere un titolo senz' avere un atto. Un erede ha un titolo, *seu justa causa possidendi*, ed il suo titolo non è un atto. Chi ha comprato verbalmente ha un titolo, e non già un atto: non ha *instrumentum*, ma ha un titolo nella compra. E *vice versa* chi ha comprato per iscritto, ma in mala fede il fondo altrui, ha un atto, ma non alcun titolo: non ha *juxta causa possidendi*, e non prescriverà che con anni trenta, come se non avesse comprato, ma soltanto occupato la cosa da sè medesimo. Nulla significa il suo atto, almeno circa al proprietario. In vece che se avesse comprato in buona fede, e l'atto non fosse nullo per vizio di forma, egli avrebbe titolo ed atto nel tempo stesso, e questo titolo gli servirebbe per prescrivere con dieci e venti anni come per far suoi i frutti.

19. I compilatori del Codice considerando che la legge del 25 ventoso anno XI *sul notariato* stabiliva tutte le formalità e condizioni richieste per la validità degli atti rogati dai notai, si contentarono d'indicare talune regole per le scritture private, di definir l'atto autentico, e di spiegare i suoi principali effetti. Ma importa di esaminare le disposizioni generali di questa legge per estimare la validità degli atti ricevuti da questi pubblici ufiziali, attò che il Codice ebbe generalmente in mira parlando del titolo autentico.

20. Siccome trattammo abbastanza delle formalità del testamento per atto pubblico, 'o in for-

30 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

ma mistica, giusta le disposizioni della medesima legge, e secondo quelle del Codice, nel tomo IX, non ce ne occuperemo qui.

ART. II.

Esame delle disposizioni principali della legge del 25 ventoso anno XI sul notariato.

21. I notai sono i pubblici funzionarj stabiliti per ricevere tutti gli atti a cui le parti debbono o voglion dare il carattere di autenticità annesso agli atti dell'autorità pubblica, per assicurarne la data, conservarne il deposito, e rilasciarne copie autentiche e spedizioni; art. 1.

22. In conseguenza ogni atto il quale deve distendersi in forma autentica è del ministero de' notai, se una legge particolare non abbia designato un altro ordine di pubblici funzionarj o uffiziali per riceverlo o farlo.

23. I notai sono istituiti a vita (art. 2); è questa la garentia della loro indipendenza.

24. Sono in obbligo di prestare il loro ministero quando ne vengono richiesti; art. 3.

Debbono prestarlo alle persone domiciliate fuori la loro giurisdizione, che lo richiedono, come a quelle della loro giurisdizione, salvo l'applicazione dell'art. 11, di cui tra poco si parlerà.

25. Ciascun notaro deve risiedere nel luogo che gli vien destinato dal governo. In caso di contrav-

venzione, il notaio è considerato come dimissionario, ed in conseguenza il ministro della giustizia, udito il parere del tribunale, può proporre al governo che sia da altri surrogato; art. 4.

I notai esercitano le loro funzioni, cioè: quelli delle città dov' è stabilito il tribunale di appello (oggi di Corte reale), in tutta la giurisdizione di questo tribunale; quelli delle città in cui v' è soltanto un tribunale di prima istanza, in tutta la giurisdizione di questo tribunale.

Quelli degli altri comuni, in tutta la giurisdizione del tribunale di pace; art. 5.

26. È vietato ad ogni notaio di esercitare atti del proprio ministero fuori la sua giurisdizione, sotto pena di esser sospeso dalle sue funzioni per tre anni, di essere deposto in caso di recidiva, e di tutti i danni ed interessi; art. 6.

L'art. 68 pronunzia per tale contravvenzione la nullità dell'atto considerato come atto autentico: è questa una nullità per causa d' incompetenza del pubblico ufiziale.

27. Le funzioni de' notai sono incompatibili con quelle di giudici, di commissarj del governo presso i tribunali (oggi di procuratori generali e regj); loro sostituti, cancellieri, patrocinatori, uscieri, ricevitori delle contribuzioni dirette ed indirette, giudici, cancellieri ed uscieri delle giustizie di pace, commessarj di polizia, e commessario alle vendite; art. 7.

Si volle lasciare massima libertà ai cittadini nel-

la scelta del depositario delle loro convenzioni, e non obbligarli indirettamente di ricorrere a tal uopo a quelli da cui dovessero esser giudicati. E siccome la qualità di tenuto a render conto del pubblico danaro produce una responsabilità che mal si affarrebbe con la sicurezza che il ministero del notaro offrir deve a coloro i quali lo richiedono, si pronunciò ugualmente l'incompatibilità di queste diverse funzioni nel medesimo individuo. Ma le funzioni di notaio non sono incompatibili con quelle di sindaco o di aggiunto.

28. I notai non possono rogare atti nei quali intervenissero loro parenti o affini, in linea retta in qualsivoglia grado, ed in linea trasversale sino al grado di zio o di nipote inclusivamente, o che contenesero qualche disposizione in loro vantaggio; art. 8. L'art. 68 pronunzia pure, per questa infrazione la nullità dell'atto considerato come atto autentico.

Viemaggiormente non possono i notai rogare atti nei quali essi e le loro mogli avessero un interesse, sia che trattassero per mezzo di persone interposte, sia che intervenissero in proprio nome nell'atto.

29. Gli atti sono ricevuti da due notai, o da un notaio assistito da due testimoni, cittadini francesi, che sappiano scrivere, e domiciliati nel circondario comunale dove l'atto vien disteso; art. 9.

L'art. 68 pronunzia similmente, per violazione di questa disposizione, la nullità dell'atto come atto autentico.

Quindi se il notaio non menzioni nell'atto la

presenza di un secondo notaio, o quella di due testimoni istrumentarj, evvi nullità, quando anche l'atto fosse di poi sottoscritto da due notai; giacchè dalla firma del secondo risulterebbe soltanto di essersi apposta dopo, per rendere valido l'atto ch'era nullo fin da principio.

E se la presenza di due testimoni istrumentarj sia menzionata nell'atto, quando nondimeno essi, o alcuni di essi, non erano presenti allorchè fu disteso, l'atto fa fede della loro presenza, ma può essere impugnato coll'iscrizione in falso, e dev'essere annullato se venga stabilito che sia stato falsamente menzionata.

30. Ma circa alla presenza del secondo notaio allorchè vien disteso l'atto in cui essa si trova altronde menzionata, non si è considerata sino a questo di come condizione di rigore, salvo ciò che è prescritto pei testamenti per atto pubblico dall'art. 971 c. c. = 896 ll. cc. Negli atti ordinarj, come quelli di vendita, di permuta, di transazione, nelle obbligazioni, ec., non si è seguita la disposizione letterale della legge del 25 ventoso anno XI. Si son continuate ad osservare a tal riguardo gli statuti ed i regolamenti de' notai di Parigi, omologati nel 13 maggio 1681, i quali non richiedevano la presenza effettiva del secondo notaio nel rogarsi l'atto, ma soltanto la menzione della sua presenza, e la sua firma per la sua responsabilità. Talmentechè le parti non sarebbero ammesse a tentar la via di falso per istabilire che il secondo notaio non fu in realtà

presente allorchè venne disteso e rogato l'atto, a fin di farlo annullare; a differenza del caso in cui si trattasse di un testamento, che sarebbe assolutamente nullo se in realtà il secondo notaio non avesse assistito a tutta l'operazione.

Vero è che la legge di ventoso non fa questa distinzione fra i testamenti e gli altri atti, e richiede per tutti che sieno *ricevuti da due notai, o da un notaio assistito da due testimoni*; ma in tutte le legislazioni ed in ogni tempo alcune leggi furono soggette a cadere in dissuetudine, in tutto o in parte, per effetto di tacito consenso de' popoli: *Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*; l. 23, § 1, ff. *de legibus*.

Tutte le leggi, dice d'Aguesseau (1), « sono soggette a cadere in dissuetudine, ed è indubitato che quando sia ciò avvenuto, non si può più dedurre un mezzo di cassazione da una legge la quale è stato tacitamente abrogata per effetto di contrario uso. Non bisogna obbliare quella regola del diritto romano: *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* (2) ».

Or non cade dubbio che la disposizione della legge di ventoso su questo punto siasi osservata come una di quelle regole positive non seguendo

(1) Lettera del 29 ottobre 1736, tomo IX, pag. 446.

(2) V. cioè dicemmo a tal riguardo nel tomo I, n.º 107 e seguenti.

le quali l'atto si rende nullo. La società sarebbe sovvertita se la nullità degli atti autentici potesse dimandarsi per causa di questa inosservanza; e l'immaginazione si spaventa pensando all'innumerevole quantità d'iscrizioni in falso e di dimande per nullità cui darebbe luogo l'applicazione letterale della legge su questo punto. Il più rigoroso osservatore di regole che non avesse rinunciato ad ogni prudenza non oserebbe gettare nella società una tal causa di perturbazione.

È un male al certo che una disposizione non legalmente abrogata, e soprattutto di una legge sì poco antica, non sia meglio eseguita; varrebbe meglio che non esistesse; per lo che questa infrazione fu spesso notata da animi severamente ligj all'osservanza delle regole. Ma infine spettava al governo, per organo del capo della giustizia, il far cessare l'abuso, se la disposizione era realmente utile: i cittadini non potrebbero essere vittime della tacita approvazione che esso vi diè col suo silenzio dai primi tempi della legge stessa fino a questo dì. La firma del secondo notaio rendendolo altronde risponsabile, si credè che fossero insufficienti le garanzie.

31. Circa ai testimoni istrumentarj, l'art. 9 della legge vuole ch'essi sieno *cittadini* francesi, che sappiano sottoscrivere, e sieno domiciliati nel circondario comunale dove l'atto vien formato. Or, giusta l'art. 4 della costituzione dell'anno VIII, sotto il cui impero fu promulgata la legge sul notariato,

la qualità di *cittadino* francese si perde colla naturalizzazione in paese straniero, coll'accettazione d'impieghi o di pensioni offerte da un governo straniero; con l'affiliazione a qualsivoglia corporazione straniera la quale supponesse distinzioni di nascita, e con la condanna a pene afflittive o infamanti.

E, secondo l'art. 5, l'esercizio de'dritti di cittadino è sospeso dallo stato di debitor fallito o di erede immediato, ovvero di detentore a titolo gratuito di tutta o parte dell'eredità di un fallito;

Dallo stato di domestico salariato, addetto al servizio della persona o della casa ;

Dallo stato d'interdizione giudiziaria , di accusa o di contumacia.

Queste disposizioni furono confermate dall'art. 7 c. c. = 9 ll. cc. , il quale dichiara che « l'esercizio de'dritti civili è indipendente dalla qualità di « cittadino, la quale non si *acquista* nè si *conserva* che in conformità della legge costituzionale ».

La Carta del 1814 taceva sulla *qualità di cittadino* , e quella del 1830 neanche ne parla ; talchè puossi riguardare la costituzione dell'anno VIII come essendo tuttavia in vigore in questo punto, almeno in generale (1), ed ogni giorno se ne applica l'art. 75.

Ma l'art. 2 della medesima costituzione richiedeva da ognuno nato e risedente in Francia , per

(1) Diciamo *in generale* , giacchè secondo l'art. 17 c. c. = 20 ll. cc. , l'accettazione d'impieghi conferiti da un governo straniero non facendo perdere la qualità di Francese, allorchè sia stato auto-

essere cittadino, 1.^o che fosse dell'età di anni 21 compiuti; 2.^o che si fosse fatto inscrivere sul registro civico del suo circondario comunale; e 3.^o che avesse dimorato di poi per un anno sul territorio della repubblica; talmentechè non si poteva divenire cittadino francese prima dell'età di 22 anni, nè in conseguenza esser testimone prima di questa età, negli atti rogati da' notai.

Nondimeno circa alla seconda condizione, quella dell'iscrizione sul registro civico del circondario comunale, siccome questi registri non furono tenuti nella maggior parte de' comuni, ed i cittadini non potertero divenir vittime della negligenza dell'autorità a tal riguardo, tutti sono di accordo che tale condizione non sia stata necessaria per essere cittadino francese, ed in conseguenza per essere testimone negli atti rogati dai notai.

32. E pei testimoni nei testamenti, le qualità che essi debbono avere vengono regolate dall'art. 980 c. c. = 906 ll. cc.: queste qualità sono di esser maschio, maggiore di età, suddito del re, e di godere de' dritti civili (1).

33. Oltre gl'individui condannati alla pena de' lavori forzati a tempo, all'esilio, alla reclusione o

rizzata dal governo francese, deve credersi che neanche faccia perdere la qualità di cittadino, se abbia avuto luogo con tale autorizzazione.

In oltre l'affiliazione ad una corporazione straniera la quale supponesse distinzione di nascita, non è più stato una causa di perdita della qualità di Francese dacchè si è ristabilita la nobiltà.

(1) V. tomo IX, n.º 104 e seguenti.

58 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

alla gogna, i quali giusta l'art. 28 c. pen. = 17 ll. pen., non possono mai essere testimoni negli atti (ammenechè non sieno stato riabilitati, art. 635 c. ist. cr. = 623 ll. pr. pen.); i condannati in linea correzionale, coll'interdizione del dritto di testimonianza negli atti (art. 42 c. pen. = 27 ll. pen.), non possono essere testimoni istrumentarj per tutto il tempo determinato dalla decisione o dalla sentenza.

54. E conviene osservare che non è necessario d'impugnare l'atto coll'iscrizione in falso, per mancanza delle qualità richieste nei testimoni, quando anche il notaio avesse dichiarato nell'atto ch'essi erano tutti forniti di tale qualità; giacchè egli potè essere in errore a tal riguardo, potè essere ingannato: non è in sua facoltà di attestare alcuna cosa positiva a questo proposito. Ciò è generalmente fuori del suo ministero.

55. Ma se quando l'atto fu disteso un testimone si trovava privo di una qualità necessaria, che nondimeno veniva in lui riconosciuta generalmente, l'atto non sarebbe nullo per ciò. L'errore comune la rende facilmente scusabile (1). In conformità di questa regola Giustiniano nelle sue Instituta, § 7, *de testam. ordin.*, dichiara di non esser nullo un testamento sol perchè uno schiavo il quale tenevasi pubblicamente per uomo libero vi abbia figurato come testimone; e la Corte di Limoges con sua de-

(1) V. la legge *Barbarius Philippus*, 3, ff. *de officio prætorum*.

cisione del 7 settembre 1809 (1) sanamente applicò questa dottrina, dichiarando valido un testamento in cui era intervenuto come testimone (necessario in ragione del numero) un individuo che nel paese credevasi generalmente investito del godimento de' dritti civili, nel senso dell'art. 980 c. c. = 906 ll. cc., mentrechè erane privo, come essendo in tempo dell'atto colpito da una condanna per fatto di diserzione, ma che veniva ignorata. La Corte neanche volle ammettere la pruova di questo fatto, che sembrava altronde comprovato: essa si determinò in forza dell'applicazione della massima *error communis facit jus* (2).

36. Due notai parenti o affini in grado proibito dall'art. 8 non possono concorrere nel medesimo atto; art. 10.

Ma non essendovi lo stesso divieto riguardo ai testimoni, non potrebbesi pronunziare la nullità di un atto sul solo motivo che quelli i quali vi assistettero come testimoni istrumentarij erano parenti o affini nel suddetto grado (3).

37. I parenti, gli affini, sia del notaio sia delle parti contraenti, nel grado proibito dall'art. 8, i loro aiutanti e domestici, non possono essere testimoni; *ibid.*

Queste disposizioni sono pure sotto pena di nullità dell'atto come atto autentico; art. 68.

(1) *Sirey*, 1813, 2, 335.

(2) Tanto noi già dicemmo nel tomo IX, n.º 109.

(3) V. tomo IX, n.º 117, e la decisione che vi è citata.

38. Il nome, lo stato ed il domicilio delle parti debbono essere cogniti ai notai, o esser loro attestati nell'atto da due cittadini conosciuti da essi, aventi qualità simili a quelle richieste per essere testimone istrumentario; art. 11.

Tale disposizione non è prescritta sotto pena di nullità, nè viene pronunciata alcuna ammenda contro il notaio contravventore. Nondimeno siccome la legge non può essere scevra di ogni sanzione, dev'esi presupporre che l'inosservanza del suo prescritto darebbe luogo ai danni ed interessi contra il notaio, ed a vantaggio delle persone che si trovassero lese dall'atto. Vero è che ciò non sarebbe in virtù dell'art. 68 della legge di ventoso, poichè non vi è menzionato l'art. 11; ma lo sarebbe in virtù della regola generale, che qualsivoglia fatto dell'uomo il quale arreca altrui un danno, obbliga quello per cui colpa è avvenuto a risarcirlo; art. 1382 e 1383 c. c. = 1336 e 1337 ll. cc.

Tale sarebbe il caso di una falsa procura data da un individuo non cognito al notaio, se l'esecuzione della medesima avesse col fatto nociuto alla persona in cui nome reputavasi data. Tal sarebbe benanche il caso di un testamento, che gli eredi fossero stato in obbligo d'impugnar di falso per impedirne l'esecuzione. Ma siccome coloro che contrattano insieme sono reputati di conoscersi, si comprende che quando anche in un contratto sinallagmatico uno di essi non fosse la persona che si asserisce di essere, o non avesse la qualità in vir-

tù della quale ha dichiarato di agire, il notaio sarebbe difficilmente responsabile; giacchè l'altra parte dovrebbe pur essa attribuire a propria colpa lo aver contrattato con uno che non conosceva.

39. Tutti gli atti debbono enunciare il nome, cognome e domicilio del notaio che li roga, sotto pena di cento franchi di multa contra il notaio contravventore; art. 11.

40. Essi debbono ugualmente enunciare il nome e cognome de' testimoni istrumentarj, il loro domicilio, il luogo, l'anno ed il giorno in cui gli atti sono distesi, sotto le pene pronunciate dall'art. 68, ed anche di falsità, se vi sia luogo; *ibid.*

Or le pene pronunciate da questo art. 68 sono la nullità dell'atto considerato come atto autentico, ed i danni ed interessi, se competano, contra il notaio contravventore.

Quindi il domicilio de' testimoni deve enunciarsi nell'atto sotto pena di nullità. Ed in fatti bisogna che si possa verificare se essi avevano le qualità richieste, e perciò conoscere il loro domicilio: or perchè si possa più facilmente conoscere, bisogna che sia menzionato nell'atto (1). È questa pure una potente garanzia contra la falsità.

41. Ma la menzione della qualità di *notaio* non è prescritta sotto pena di nullità dell'atto considerato come autentico: l'art. 12 non richiede anche l'enunciazione del *nome* e del *domicilio* del nota-

(1) Arresto di cassazione del 1 ottobre 1810; *Sirry*, 1811, 1, 21.

42 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

io se non sotto pena di multa. Questa menzione potrebbe dunque supplirsi con una enunciazione la quale indicasse chiaramente di essere rogato l'atto dal notaio come se fosse detto: *avanti a noi il tale, domiciliato in..... o residente nel tal luogo.* Le nullità non si suppliscono (1).

42. Il luogo dove viene disteso l'atto è bastantemente enunciato con l'indicazione della città o del comune: non è di rigore il menzionare specialmente la strada o il territorio del comune, nè la casa, come lo richiedeva l'ordinanza di Blois: *locus loci*, secondo diceva Molineo. La legge attuale non richiede una indicazione così precisa, anche pe' testamenti, i quali nondimeno si fanno spesso fuori lo studio del notaio (2); e l'atto si presume generalmente formato nello studio del notaio, giacchè il notaio ivi esercita comunemente i doveri della sua carica.

43. Gli atti de' notai debbono essere scritti in un solo e medesimo contesto, in modo leggibile, senza abbreviatura, spazio in bianco, lacuna o intervallo; debbono contenere i nomi, cognomi, qualità e domicilio delle parti, nonchè de' testimoni che fossero chiamati nel caso dell'art. 11; essi enunciano per esteso le somme e le date; le procure de' contraenti debbono annettersi alla minuta, la quale

(1) V. su questo punto ciocchè dicemmo nel tomo IX, n.º 60, parlando *de' testamenti*, dove siamo della stessa opinione, la quale è anche quella di Toullier, ma non quella di Merlin.

(2) V. tomo IX, n.º 55.

contiene la menzione di essersi fatta lettura dell'atto alle parti: il tutto sotto pena di cento franchi di multa contro il notaio contravventore; art. 13.

L'unità di contesto qui prescritta è l'unità di contesto circa alla *forma* ... cioè, come spiegasi di poi, senz'alcuno spazio in bianco, lacuna o intervallo. Non è la unità di contesto di cui parla in questi termini l'art. 976 c. c., = 902 ll. ec., riguardo all'atto di soprascrizione del testamento mistico (1): « *Tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto senza deviare ad altri atti* ». Neanche è l'unità di *tempo*; talmentechè un atto cominciato il mattino e compito la sera non sarebbe in alcun modo contrario al voto della legge. Altronde l'articolo non pronunzia la nullità, ma soltanto una multa contro il notaio, e non vi sarebbe anche luogo a pronunciare questa multa, quantunque il pubblico ministero offrisse di provare che l'atto siasi disteso in due tempi. Infine nettampoco è l'unità di atto, giacchè niuna cosa impedirebbe di mischiare, per esempio, una procura, una transazione ad un atto di vendita, di locazione o di società, con una clausola a principio, alla fine o anche nel corso dell'atto: soltanto vi sarebbe luogo ad un dritto particolare di registro per la convenzione speciale.

Allorchè l'atto vien rilasciato in brevetto, come una quietanza di estagli, di pigioni, di annualità

(1) *V.* tomo IX n.º 59.

44 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

arretrate , di pensioni e rendite (art. 20), se il creditore fa riscuotere da un mandatario , la procura deve pur rimanere nelle mani del notaio per sua garanzia.

44. Gli atti si sottoscrivono dalle parti , dai testimoni e dai notai, che debbono farne menzione in fine di essi.

Circa alle parti che non sappiano o non possono sottoscrivere, il notaio deve far menzione, alla fine dell'atto, delle loro dichiarazioni a tal riguardo ; art. 14.

L'osservanza di queste disposizioni è prescritta anche dall'art. 68 sotto pena di nullità.

45. Nondimeno un parere del Consiglio di Stato del 16 giugno 1810, approvato nel 20 dello stesso mese , ed inserito nel Bullettino delle leggi , dichiarò, per interpretazione dell'art. 14, e per tutti gli atti autentici senza distinzione , sì i testamenti (1) come gli altri , che la pena di nullità pronunziata dall'art. 68 , per mancanza di menzione della firma delle parti , de' testimoni e de' notai che hanno rogato l'atto , non deve applicarsi alla mancanza di menzione della firma de' notai , atteso che se tale menzione ha uno scopo utile per ciò che riguarda la firma delle parti e de' testimoni , questa utilità cessa riguardo a quella de' notai medesimi , ch'è sempre richiesta , sempre pubblica , e che cerzierà le altre firme.

(1) Come lo dicemmo nel tomo IX , n.º 92.

46. Allorchè una delle parti non sappia o non possa sottoscrivere, la legge di ventoso richiede che l'atto faccia menzione della sua dichiarazione a tal riguardo, ma non richiede, come l'art. 975 c. c. = 899 ll. cc. pei testamenti per atto pubblico, che si faccia menzione puranche della *causa* la quale impedì alle parti di sottoscrivere (1).

47. Allorchè un testatore sapeva e poteva sottoscrivere, ed il testamento contiene la sua dichiarazione di non saper sottoscrivere, vi è presunzione di non aver egli testato liberamente: in conseguenza se mai si provasse che sapeva sottoscrivere, per esempio, se si producessero atti riconosciuti per essere stato firmati da lui, il testamento sarebbe annullato, come lo giudicarono parecchie Corti, le cui decisioni noi citiamo nel tomo IX n.º 99.

Ma non avverrebbe generalmente così negli altri atti, anche in quelli di donazione; altrimenti sarebbe facil cosa ad una delle parti lo ingannare l'altra, e rendersi in tal modo padrona della sorte dell'atto.

48. La firma delle parti dev'essere in generale del cognome tal quale è espresso negli atti di nascita. Spiegammo questa regola e le modificazioni di cui è capace, trattando de' testamenti (2).

49. Le chiamate e le postille non possono scriversi che al margine, e debbono essere firmate o

(1) V. tomo IX n.º 92 e seguenti.

(2) Tomo IX, n.º 39 e seguenti, cd 89.

cifrate tanto dai notai quanto dagli altri che sottoscrivono, sotto pena di esser nulle. Se la chiamata sia tanto lunga che richiegga di essere trasportata in fine dell'atto, dev'essere non solo firmata o cifrata come le chiamate scritte in margine, ma anche espressamente approvata dalle parti, sotto pena di esser nulle; art. 15.

50. Talmentechè se la chiamata abbia per oggetto una cosa essenziale al contratto, per esempio il prezzo nel caso di una vendita, e non sia fatta colle cennate formalità, ne risulta nullità dell'atto, considerato come atto autentico, perchè non evvi più prezzo convenuto, ed una vendita non può esistere senza prezzo: ma se la chiamata abbia per oggetto sol qualche riserva o giunta, in somma tutt'altro che una cosa essenziale al contratto, questa chiamata essendo semplicemente riputata non iscritta, l'atto è valido pel rimanente.

51. Non vi dev'essere nè cassatura, nè spazio in bianco, nè aggiunzione nel corpo dell'atto, e le parole cassate, lasciate in bianco o aggiunte sono nulle. Le parole che dovranno cassarsi debbono esserlo in modo che se ne possa comprovare il numero in margine della loro corrispondente pagina o in fine dell'atto, ed essere approvate nello stesso modo delle chiamate scritte in margine; il tutto sotto pena di una multa di 50 franchi contra il notaio, nonchè di tutti i danni ed interessi, ed anche di esser egli deposto in caso di frode; art. 16.

52. Poichè le parole cassate, lasciate in bianco

o aggiunte sono nulle, ne segue che se trovasi cas-
sata, lasciata in bianco o aggiunta la data, l'atto è
nullo considerato come atto autentico; giacchè tro-
vasi con ciò privo di data. Or ai termini dell' art.
12, seconda disposizione, combinata coll' art. 68,
la mancanza di data rende nullo l'atto come atto
autentico.

Tanto fu giudicato dalla Corte di cassazione ri-
guardo ad una data *viziata*, con arresto di rigetto
del ricorso prodotto avverso una decisione della Cor-
te di Poitiers: « Attesochè, dice uno de' conside-
« rando, si è fatto una giusta applicazione alla cau-
« sa degli art. 12 e 16 della legge del 25 ventoso
« anno XI, i quali pronunziavano la nullità del-
« l'atto, considerato come atto autentico, poichè
« si è dichiarato che mediante la suddetta nullità
« e le parole riguardanti la data, le quali erano
« viziate, il detto atto non era realmente datato (1).

Per la medesima ragione, se le parole esprì-
menti il giorno, mese ed anno, che formano la
data dell'atto, sono con ispazio in bianco o giun-
ta visibile, l'atto è nullo come atto autentico, giac-
chè potettero esse apporsi dal notaio, per evitare la
multa, quando si accorse della loro omissione, ov-
vero ad istanza di una delle parti, e non dovè di-
pendere da lui il togliere all'altra il dritto di di-
mandare la nullità.

Forse i tribunali rigettando una conseguenza lo-

(1) Arresto del 27 agosto 1812; *Sirey*, 1812, 1, 569.

gica, ma che loro sembrasse verisimilmente troppo rigorosa, non pronunzierebbero nello stesso modo sul caso in cui si fosse viziato, aggiunto o lasciato in bianco il nome soltanto del luogo dove formossi l'atto: ed in vero l'irregolarità non presenta i medesimi pericoli, almeno generalmente, tanto più che la matricola del notaio indicherebbe ordinariamente il luogo dove si rogò l'atto; salvo il caso in cui si pretendesse di essersi disteso fuori la giurisdizione del notaio, e le circostanze dessero luogo a crederlo.

53. Del resto la viziatura della data di un testamento olografo non è un mezzo di nullità, se altronde avvi data fissa, come lo giudicò la stessa Corte di cassazione con arresto degli 11 luglio 1810; *Sirey*, 1810, 1, 289. L'art. 16 della legge sul notariato non si applica ai testamenti olografi. V. le *Quistioni* di dritto di Merlin, v. *testamento* n.º 16.

54. Questo art. 16 non pronuncia espressamente la nullità delle parole cancellate, ma si limita a dire che dovranno esserlo in modo che se ne possa comprovare il numero in margine della loro corrispondente pagina, o in fine dell'atto, ed essere approvate nel medesimo modo delle chiamate scritte in margine: il tutto sotto pena di una multa di 50 franchi contro il notaio, nonchè di tutti i danni ed interessi, anche di rimozione in caso di frode.

Ed in fatti non dovè dipendere dal notaio, o da ogni altro in cui mano cadesse la minuta, lo an-

nullarne le disposizioni essenziali cancellando le parole che le esprimessero. Le parole cassate ed approvate come tali sono al certo nulle, ma quelle le quali, abbenchè cassate, non furono approvate come tali, non lo sono necessariamente, essendolo unicamente quando l'atto sia stato chiuso e sottoscritto in questo stato: allora l'omissione del notaio di approvarle come cassate o nulle non potrebbe dar loro una forza che non hanno mai avuto. Evvi soltanto luogo alla multa contro i notai. Ma la loro cassatura dopo l'atto neanche può distruggere il loro effetto in danno di una delle parti, e forse di entrambe.

Si presenta nondimeno un dubbio nell'applicazione di queste regole, la cui certezza non si potrebbe contrastare.

L'atto si reputa forse d'essere stato chiuso e sottoscritto colle parole cassate; ovvero al contrario si considera di essersi fatto senza le cassature?

Opiniamo che si reputa di essere stato chiuso e sottoscritto senza le cassature non approvate come dovevano esserlo; che avvi presunzione di essersi il notaio nel distenderlo uniformato a ciòchè gli prescriveva la legge, ed essa gli prescriveva di far menzione delle cassature, se ve n'erano effettivamente al tempo dell'atto; in conseguenza le parole cassate e la cui cassatura non siasi approvata sono buone e debbono produrre il loro effetto, se mai se ne possa scorgere peranco il tenore, o se mediante l'interpretazione con ciòchè precede o cioc-

chè sègue , se ne possa naturalmente comprendere il senso.

In vano si dirà che con ciò si suppone la frode nel notaio ; che vien egli accusato di aver cassato posteriormente, e la frode non si presume ; che val meglio supporre una semplice negligenza nell'essersi ommesso di approvare le parole cassate, che una frode sì grave quanto quella di aver fatto cassature sopra un atto dopo che era perfetto. Dappoichè in primo luogo ben può darsi che le abbia fatto non il notaio, ma un'altra persona ; secondariamente è colpa del notaio lo aver dato luogo contro di lui a tale presunzione ; ed in fine la sorte degli atti non deve lasciarsi in balia di un notaio che potè essere corrotto da una delle parti.

Del resto crediamo di non esservi cosa assoluta su questo punto: l'antichità dell'atto, la circostanza che nelle copie fattesene le parole cassate sulla minuta (di cui si può sempre dimandare l'esibizione finchè esista, art. 1334 c. c. = 1288 ll. cc.), fossero stato oppur no riprodotte, darebbero luogo ai tribunali di valutare se debbasi naturalmente credere di essersi fatte le cassature prima della chiusura dell'atto, ovvero dopo.

Ma pretendere che per essere il notaio depositario dell'atto , e per non presumersi la frode, e viemeno in un uomo pubblico che in un uomo privato , l'atto sino alla pruova in contrario si reputa uscito dalle mani del notaio tal quale è presentemente, quando non siensi approvate le cassa-

ture, sarebbe questa una massima fertile di pericolose conseguenze, e per questo stesso motivo non dev' essere ammessa in modo così assoluto. La massima contraria, che si presume di avere il notaio fatto in tempo dell'atto ciocchè la legge gli prescriveva circa alle cassature come circa alle altre parti dell'atto, è una massima più sicura, salvo a modificarne l'applicazione secondo le circostanze della causa.

55. I notai sono in obbligo di serbar minuta di tutti gli atti che rogano.

Tuttavolta non sono compresi in questa disposizione i certificati di vita, le procure, gli atti di notorietà, le quietanze di estagli, di pigioni, di salarj, di annualità arretrate, pensioni e rendite, ed altri atti semplici, i quali giusta le leggi possono rilasciarsi in brevetto; art. 20.

56. Secondo un parere del Consiglio di Stato del 7 aprile 1821, il cui tenore noi riportiamo nel titolo *de' testamenti*, tomo IX, n.º 61, i testamenti per atto pubblico non sono compresi in questi termini, *ed altri atti semplici i quali giusta le leggi possono rilasciarsi in brevetto*; ma al contrario debbono farsi con minuta, ed in conseguenza il notaio non deve privarsi della minuta del testamento, anche quando il testatore che intende revocarlo gliene dimandi la restituzione. Siccome nel citato luogo discutemmo estesamente l'uno e l'altro punto, abbracciando all'intutto il parere del Consiglio di Stato, non faremo nuove spiegazioni a tal riguardo.

52 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

57. Il dritto di rilasciare copie autentiche e spedizioni spetta soltanto al notaio possessore della minuta, e nondimeno ogni notaio può rilasciar copia di un atto depositatogli per minuta; art. 21.

58. I notai non possono privarsi di alcuna minuta, eccetto nei casi preveduti dalla legge, ed in virtù di una sentenza.

Prima di spogliarsene, debbono firmarne una copia collazionata, la quale dopo essersi certificata dal presidente e dal procuratore del Re del tribunale civile della loro residenza, è sostituita alla minuta, di cui fa le veci sino alla sua reintegrazione; art. 22.

59. I notai non possono ugualmente, senza ordinanza del presidente del tribunale di prima istanza, rilasciar copia o dar conoscenza degli atti ad altri che alle persone interessate in nome diretto, ai loro eredi o aventi dritto, sotto pena de' danni ed interessi, di una multa di cento franchi, e di essere sospesi dalle loro funzioni per tre anni, in caso di recidiva; salvo nondimeno l'esecuzione delle leggi e de' regolamenti sul dritto di registro, e quella riguardante gli atti che debbono pubblicarsi nei tribunali; art. 23.

60. Le sole copie autentiche vengono rilasciate in forma esecutoria: esse sono intitolate e terminano colle medesime parole delle sentenze de' tribunali; art. 25.

61. Devesi menzionare sulla minuta essersi rilasciato una prima copia autentica a ciascuna parte interes-

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 53

sata: non gliene può essere rilasciata altra, sotto pena di rimozione, senza una ordinanza del Presidente del tribunale di prima istanza, la quale rimarrà annessa alla minuta (art. 26), o senza il consenso di tutte le parti interessate; art. 1335 c. c. = 1289 ll. cc.

62. Secondo l'art. 844 c. pr. = 927 ll. pr. civ., la parte che vuol farsi rilasciare una seconda spedizione esecutiva o sopra l'originale di un atto, o in forma di una copia autentica sopra una prima spedizione esecutiva che sia depositata, presenta per tale effetto una dimanda al presidente del tribunale civile: ed in virtù dell'ordinanza relativa cita il notaio ad eseguirne il rilascio nel giorno e nell'ora indicata, e le parti interessate ad esservi presenti. In piè della seconda spedizione esecutiva è fatta menzione di questa ordinanza e della somma per cui è permesso di procedere alla esecuzione, se il credito è stato in parte soddisfatto o ceduto.

Queste formalità non sono necessarie allorchè tutte le parti interessate vadano di accordo pel rilascio della seconda copia autentica; ma bisogna che quelli contro i quali essa sarà esecutiva siano capaci di dare il loro consenso.

Il magistrato ordina il rilascio di una seconda spedizione esecutiva ad una parte sol quando questa parte abbia perduto quella che gli era stato rilasciata, ovvero quando il credito espresso nella prima copia autentica ed appartenente ad un solo, si trovi poi di appartenere a molti, sia per cessione

54 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

di parte del diritto, sia per effetto della divisione de' debiti fra gli eredi del debitore (art. 1220 c. c. = 1173 ll. cc.), ed affinchè ciascuno di essi abbia un titolo esecutivo, mediante il quale possa far pignorare i beni del debitore senza sentenza; art. 551 c. pr. = 641 ll. pr. civ.

63. Tutti convengono che pel rilascio della prima spedizione esecutiva a ciascuna parte, il notaio per farlo non abbia bisogno di essere assistito dal secondo notaio o dai testimoni istrumentarij, atteso che è questa una conseguenza diretta del suo ministero nella rogazione medesima dell'atto: per lo che la legge non prescrive tale assistenza. Si considera la prima spedizione esecutiva come la minuta medesima che negli antichi tempi i notai consegnavano alle parti.

Non è al certo impossibile che la minuta non sia fedelmente ed esattamente riprodotta nella spedizione esecutiva, sia per errore dell'aiutante copista, sia per frode dell'uffiziale pubblico; ma la legge prevede questo pericolo, autorizzando il debitore a chiedere l'esibizione del titolo originale finchè esiste, e dichiarando che la copia, qualunque essa sia, fa sempre fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo; art. 1534 c. c. = 1288 ll. cc.

Vero è che quando il titolo originale non sussiste più, le copie autentiche di prima spedizione fanno la stessa fede dell'originale (art. 1535 — 1.º c. c. = 1289 1.º ll. cc.), cioè che sono presunte di riprodurre esattamente l'originale; e prevedendo questo

caso , sarebbe stato forse utile di richiedere che il notaio fosse assistito nel rilascio della prima copia autentica ; ma è questo un caso straordinario, e si credè che il rilascio della prima copia autentica a ciascuna parte avvenendo generalmente nel tempo in cui fu disteso l'atto , esse si accorgerebbero facilmente delle inesattezze o infedeltà le quali avessero potuto introdursi o commettersi , e che le farebbero rettificare.

Circa alle seconde spedizioni esecutive, Toullier dice che il loro rilascio è un nuovo atto del notaio , ed in conseguenza ch'egli deve essere assistito da un secondo o da due testimoni istrumentarj, ed ancor noi avevamo da principio abbracciata questa opinione (1); ma riflettendovi di vantaggio, siamo stato di diverso parere , attesoche l'art. 844 c. pr. = 927 ll. pr. civ., il quale indica le formalità da osservarsi per questo rilascio, non parla di quello, ma soltanto di una intimazione *al notaio*, nel giorno e nell'ora indicata , ed alle *parti interessate*, per essere presenti. Probabilmente perchè non vi sono nuove obbligazioni in questa seconda copia autentica , e le condizioni e formalità prescritte in tale articolo sembrarono una sufficiente garanzia , la prima copia autentica sarebbe rilasciata perfettamente uniforme alla minuta , la cui esibizione può altronde sempre richiedersi finchè esiste. L'uso net-
tampoco è uniforme all'opinione di Toullier.

(1) Nel nostro *Trattato de' contratti*, ec., tomo IV , n.º 1525.

Dovremo ancora parlare delle copie autentiche di prima spedizione quando tratteremo delle copie degli atti.

64. Gli atti de' notai debbono essere legalizzati, cioè quelli de' notai nella residenza de' tribunali (Corti) d' appello , allorchè vogliassene far uso fuori della loro giurisdizione; e quelli degli altri notai, allorchè si vogliano adoperare fuori del loro dipartimento; art. 28.

La legalizzazione è un attestato del presidente del tribunale, o del giudice il quale ne fa le veci, che la firma apposta a piè dell'atto è quella dell'uffiziale pubblico di cui porta il nome.

Non si legalizzano che le copie autentiche di prima spedizione, in virtù delle quali soltanto si può eseguire senza sentenza, e non le minute, che rimangono in deposito presso il notaio.

65. Ogni notaio sospeso, deposto o surrogato, deve immediatamente dopo esserglisi notificata la sua sospensione, deposizione o surrogazione, cessare dall' esercizio della sua carica, sotto pena di tutti i danni ed interessi e delle altre condanne pronunziate dalle leggi contra ogni funzionario sospeso o deposto che continua nell'esercizio delle sue funzioni.

Non può il notaio riprenderle, sotto le medesime pene, che cessato il tempo della sospensione; art. 52.

66. Tali sono le principali disposizioni della legge del 25 ventoso anno XI sugli atti rogati dai notai, e l' art. 69 pronunzia l'abrogazione della leg-

ge del 4 ottobre 1791, e di tutte le altre leggi o statuti, in ciò che si sopponessero alla presente.

Evvi nondimeno un'altra importante disposizione, quella dell' art. 68, riprodotta nell' art. 1318 c. c. = 1272 ll. cc., e che noi tra poco esamineremo.

67. Gli atti debbono distendersi in lingua francese, anche quando le parti non parlassero questa lingua. Dopo l'ordinanza del 1539, tutti gli atti, contratti, testamenti ec. (1), dovettero distendersi in francese; e secondo un decreto del 2 termidoro anno II, è vietato di registrare alcun atto, anche in iscrittura privata, se non sia scritto in francese. Questo decreto purtuttavolta non pronunziava la nullità degli atti, ma una prigionia contra i notai contravventori. Vero è che la sua esecuzione fu sospesa indefinitamente poco tempo dopo che venne pubblicato; ma un'ordinanza del 24 pratile anno XI prescrisse che decorso il termine di un anno (il qual termine fu poi prorogato da molti decreti), tutti gli atti fossero distesi in francese nei paesi nuovamente riuniti. Quest'ordinanza autorizzava nondimeno a scrivere a mezzo margine della minuta la traduzione letterale dell'atto nella lingua o idioma del paese; e tanto deve osservarsi in quei luoghi dove, come in certi cantoni dell'Alsazia e dei dipartimenti vicini ai Pirenei, la lingua francese non è la lingua popolare.

(1) V. tomo IX, n.º 78 e seguenti.

ART. II.

Dell'effetto degli atti nulli, considerati come atti autentici.

68. Secondo l'art. 68 della legge del 25 ventoso anno XI, è nullo ogni atto fatto in contravvenzione delle disposizioni contenute negli art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 e 67 (1) della medesima legge, se non sia munito della firma di tutte le parti; e quando l'atto sia munito della firma di tutte le parti contraenti, vale soltanto come scrittura privata, salvo nei due casi i danni ed interessi, se competano, contra il notaio contravventore.

Circa alla responsabilità del notaio per vizi di forma che facessero pronunziare la nullità dell'atto, vedi quanto dicemmo parlando de' testamenti, tomo IX, n.º 122.

L'art. 1318 c. c. = 1272 ll. cc. dispone anche che: « l'atto non autentico per l'incompetenza o « incapacità dell'uffiziale, o per un difetto di forma, vale come privata scrittura, quando sia stato « sottoscritto dalle parti ».

(1) Gli art. 64, 65 e 66 contengono disposizioni transitorie intorno alle obbligazioni che dovevano adempiere i notai i quali al momento della pubblicazione della legge esercitavano le loro funzioni, e riguardanti i notai che esercitavano funzioni dichiarate incompatibili dall'art. 7 con quelle di notai. L'art. 67 concerne il giuramento ed il termine fra cui i notai dovettero prestarlo.

Ma queste disposizioni danno adito a molte importanti osservazioni.

69. In primo luogo, quando gli atti non possono valere se non quali atti autentici, come quelli contenenti donazioni, i contratti di matrimonio, le convenzioni d'ipoteca, a nulla vale d'essere stato sottoscritti dalle parti allorchè sieno nulli come atti autentici per l'incompetenza o l'incapacità dell'uffiziale che li ricevè, o per un vizio di forma; giacchè le formalità in questi atti non sono soltanto richieste per la pruova, ma anche per la solennità dell'atto, o se vogliasi la legge non riconosce la pruova che nell'adempimento di queste medesime formalità: talmentechè la confessione della parte circa al fatto della convenzione sarebbe indifferente, e non le si potrebbe deferire il giuramento, giusta la regola *frustra probatur quod probatum non relevat*. La nullità dell'atto in taluni casi induce la nullità della stessa convenzione.

70. Circa all'incompetenza o all'incapacità dell'uffiziale che ricevè l'atto, abbisognano talune distinzioni, giacchè gli effetti non sono gli stessi in tutti i casi.

L'uffiziale che ricevè l'atto può essere *incompetente* in due casi, che non bisogna confondere: 1.^o allorchè abbia ricevuto l'atto fuori la sua giurisdizione; 2.^o allorchè un uffiziale pubblico che non sia notaio abbia ricevuto un atto del ministero de' notai.

Un uffiziale pubblico può essere *incapace* benan-

60 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

che in due casi: 1.^o allorchè abbia ottenuto la sua nomina per effetto di surrogazione; 2.^o allorchè sia stato sospeso, interdetto o deposto.

71. Nel primo caso d'incompetenza, cioè quando il notaio abbia rogato l'atto fuori la giurisdizione che gli è determinata dall'art. 5 della legge sul notariato, e sia ciò provato coi mezzi di dritto, se la legge non richiedeva che fosse in forma autentica, l'atto è obbligatorio ove sia sottoscritto dalle parti, quando anche contenesse convenzioni sinallagmatiche; come una vendita, un contratto di affitto, una transazione. L'art. 1525 c. c. = 1279 ll. cc., il quale richiede che le scritture private contenenti convenzioni sinallagmatiche debbono esser fatte in tanti originali quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto, non è applicabile a questo caso, giacchè non essendo la scrittura in potere di una delle parti soltanto, ma trovandosi al contrario in un deposito pubblico, cessa il motivo che presedè alla compilazione di questo articolo. Tanto giudicò la Corte di Torino nel 7 febbraio 1809 (1). Ciò venne altronde osservato in consiglio di Stato allorchè si discusse l'art. 1518 c. c. = 1272 ll. cc., e tutti furono di accordo che la conseguenza che si volesse desumere dal confronto di questo art. 1525 col detto art. 1518 pel caso in cui l'atto nullo come autentico contenesse convenzioni sinallagmatiche, sarebbe assolutamente priva di forza.

(1) *Giornale di giurisprudenza del Codice civile*, tomo XIV, pagina 60.

72. Se vi fossero varj obbligati solidali, uno o più de' quali soltanto avessero sottoscritto coll'altra parte, converrebbe anche dire che l'atto sarebbe obbligatorio per tutti quelli che lo firmarono; giacchè dal non essere uno de' debitori solidali validamente obbligato, non segue che gli altri non lo sieno, poichè, come lo dicemmo trattando della *solidalità*, se nelle obbligazioni solidali evvi una sola obbligazione *quoad rem*, avviene tante *quoad personas* quante sono le persone obbligate. Quindi nel caso, per esempio, di una vendita fatta a varie persone che si obbligarono in solido al pagamento del prezzo, ed alcune delle quali soltanto avessero sottoscritto l'atto, se quelli i quali sottoscrissero offerissero al venditore l'intero prezzo, costui, che benanche firmò, non potrebbe negarsi a riceverlo sul solo pretesto che uno o più de' compratori non sottoscrissero, giacchè egli non avrebbe interesse. E se offerisse da parte sua di eseguire il contratto secondo il tenore che ha, quelli che firmarono netampoco potrebbero negarsi ad eseguirlo (1).

73. E se l'atto contenesse soltanto un' obbligazione meramente unilaterale, come un mutuo, una dichiarazione di debito, una semplice promessa di pagare la tale somma per una causa preesistente, non sarebbe meno obbligatorio pel debitore o per quei debitori, solidali o pur no, i quali l'avessero firmato, quantunque il creditore non lo avesse sot-

(1) *Facit lex 64, ff. de contrah. empt.*

toscritto, non sapendo o non potendo farlo; giacchè la firma di chi a nulla è obbligato non è necessaria nelle scritture private, le quali, come a dire i biglietti, le semplici promesse e le dichiarazioni di debito, non sono mai sottoscritte dal creditore: or quello di cui trattasi ha forza di scrittura privata.

Vero è che l'art. 68 della legge del 25 ventoso anno XI sembra richiedere indistintamente che l'atto sia stato sottoscritto da *tutte le parti* perchè possa valere come scrittura privata, e l'art. 1318 c. c. = 1272 ll. cc. dice *se sia stato sottoscritto dalle parti*; ma queste sono espressioni generali adoperate per dire che colui il quale non firmò l'atto non è obbligato, ed in conseguenza che se la convenzione sia sinallagmatica, è necessario che tutte le parti sottoscrivano l'atto; atteso che nelle convenzioni di questa specie la causa dell'obbligazione di uno de' contraenti è l'obbligazione dell'altro: donde segue che quando uno di essi non è vincolato, l'altro non potrebbe esserlo, mentre la sua obbligazione non ha più causa. Tale interpretazione è confermata da questo art. 68, in cui la parola *contraenti* è aggiunta alle parole *di tutte le parti*, come per dire *di tutte le parti contraenti obbligazioni*: or nel caso di un mutuo, per esempio, avvi una sola parte obbligata, quella che riceve il danaro, e che lo è col solo fatto di averlo ricevuto, *re tantum*, quando anche non vi fosse interamente alcun atto, non essendo qui necessario l'atto che per

la pruova soltanto. Basta dunque che questa parte lo abbia sottoscritto.

E qualora si obbiettasse che l'atto non essendo scritto di pugno della parte obbligata, e neanche contenendo un *bono* o *approvato* esprimente per esteso la somma o la quantità della cosa promessa, l'art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc. si opporrebbe alla sua validità, risponderemmo che questo articolo, parimente che l'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc., non è applicabile agli atti di cui trattasi; imperciocchè se mai si applicasse agli atti nulli come atti autentici per causa dell'incompetenza dell'uffiziale che abbia esercitato atti del proprio ministero fuori la sua giurisdizione, o per incapacità o per vizio di forma, converrebbe dire eziandio in linea di conseguenza, che l'atto sarebbe nullo anche come scrittura privata, abbenchè fosse altronde munito della firma di tutte le parti, poichè questa circostanza non farebbe che si fosse osservata la disposizione di tale art. 1326. Ma allora quella dell'art. 1318 c. c. = 1272 ll. cc. diverrebbe senz' applicazione per le obbligazioni unilaterali; il che non può essere seriamente sostenuto.

74: Ma nel secondo caso d' incompetenza da noi preveduto più sopra, per esempio se due persone si obbligassero reciprocamente, o anche una di esse soltanto, con un atto formato innanzi ad un funzionario dell'ordine amministrativo, come un prefetto, un sottoprefetto, un sindaco; ovvero innanzi ad un giudice di pace che non proceda per conci-

64 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

liazione o in virtù di pròroga di giurisdizione; o con un atto che facessero ricevere da un usciere o da un commissario di polizia, ec., è chiaro che simile atto non sarebbe esente dalle condizioni richieste dagli art. 1525 e 1526 c. c. = 1279 e 1280 *ll. cc.* (secondo che contenesse obbligazioni sinalagmatiche o unilaterali), quando anche fosse sottoscritto da tutte le parti; giacchè il legislatore non ebbe in mira l'incompetenza di questa specie nell'art. 68 nella legge sul notariato, e nell'art. 1518 c. c. = 1272 *ll. cc.* che ne riprodusse la disposizione: egli ebbe in mira la incompetenza risultante dacchè un notaio ricevesse un atto fuori la sua giurisdizione, contrariamente all'art. 6 della medesima legge. Ed in effetti questa legge non si occupa che degli atti ricevuti dai notai, le cui attribuzioni sono determinate dall'art. 1; gli altri funzionarj non sono pubblici uffiziali circa agli atti del ministero de' notai: essi non hanno qualità alcuna per riguardo a questi atti; quello che hanno disteso, scritto, non è stato perciò ricevuto da essi nel senso che la legge attribuisce a questa parola, benchè vi avessero specificata la loro qualità: questo atto è assolutamente un atto privato, il quale a tal titolo era sottoposto alle regole degli atti in iscrittura privata, e che in conseguenza è nullo se non sieno state osservate.

75. Circa all'incapacità dell'uffiziale pubblico, abbiain detto che può esistere in due casi: quello in cui l'uffiziale abbia ottenuto la sua nomina per

frode e surrezione, e quello in cui era sospeso, interdetto o deposto al momento dell'atto.

Gli atti ricevuti anteriormente alla notifica della sospensione, interdizione o deposizione del pubblico uffiziale, benchè già pronunziata, sono validi come atti autentici, secondo giudicò la Corte di cassazione con arresto del 25 novembre 1813 (1), riguardo alle intimazioni fatte da un usciere la cui interdizione erasi pronunziata, ma non ancora a lui notificata al momento degli atti. E la ragione è assolutamente la stessa per gli atti ricevuti da un notaio.

76. Ma circa agli atti rogati da un notaio dopo la notifica fattagli della sua sospensione, interdizione o deposizione, gli art. 68 della legge di ventoso anno XI, e 1318 c. c. = 1272 II. cc. sono ad essi applicabili, quando anche le parti che hanno contrattato innanzi a lui avessero ignorata la sua incapacità; lo che non è impossibile, soprattutto in una gran città, se la notificazione era avvenuta da poco tempo quando l'atto fu ricevuto, per esempio se era stato fatta non prima del giorno precedente; ma bisogna che la legge riceva la sua esecuzione. Altronde mediante la pubblicità data alla sentenza contenente la sospensione o la deposizione del pubblico uffiziale, e atteso le disposizioni penali che gli fossero applicabili ed i danni ed interessi cui fosse soggetto verso le parti, devesi poco temer l'abuso.

(1) *Sirry*, 1814, 1, 76.

77. Puossi addurre per esempio dell'altro caso d'incapacità del pubblico uffiziale quello di un individuo condannato ad una pena che gli togliesse l'esercizio delle pubbliche funzioni, e che nondimeno sia stato nominato per frode e rigiri adoperati a fin d'ingannare l'autorità, che ignorava lo stato di lui. Puossi anche supporre il caso di un individuo che avendo meno di anni venticinque, la quale età è richiesta dall'art. 35 della legge del 25 ventoso anno XI per essere nominato alla carica di notaio, abbia ottenuto la sua nomina esibendo un atto di nascita di un suo fratello o di un suo parente dello stesso nome, ingannando pure in tal modo l'autorità.

In questi due casi vi è evidentemente incapacità, se considerasi la nomina; ma gli atti ricevuti da questo individuo in qualità di notaio saranno mai nulli come atti autentici? No sicuramente: saranno validi, se non sieno nulli per altra causa, attesochè l'errore pubblico e comune conferma nell'interesse della società gli atti formati in virtù di poteri irregolari che l'autorità ha indebitamente conferiti. I cittadini non potrebbero divenir vittime dell'errore o della colpa sua: donde quella massima sì nota: *error communis facit jus*, che i dottori desunsero dalla celebre legge *Barbarius Philippus*, 3, ff. *de officio Prætorum*, dove vedesi che uno schiavo fuggitivo, di questo nome, che spacciavasi per uomo libero, e che credevasi effettivamente di condizione libera, ottenne in Roma la pretura, e

ne disimpegnò le funzioni. Il giureconsulto Ulpiano dice chiaramente che costui non fu mai veramente Pretore, al pari che Valerio III scrisse che Perpenna, straniero di nascita, e che nonostante aveva ottenuto il consolato, non era console, ma ne portava soltanto il nome: *Caliginis simile imperium et adumbratum nomen*. Nondimeno tutte le sentenze profferite da questo falso pretore, tutti gli atti della sua giurisdizione furono dichiarati validi pel motivo desunto dalla buona fede delle parti e dall'utilità generale: *propter eorum utilitatem quia apud eum egerunt, et vel otii et quietis causa, ut M. Tullius ad Atticum scribit*. Cuiacio, *Obs. lib. XVIII, cap. 33*.

Le lettere di nomina di un pubblico impiegato non possono essere verificate dalle parti, ed altronde non appare che sien esse surrettizie. Non avvi dunque alcun mezzo di assicurarsi della scelta fatta dall'autorità. Il giuramento prestato da chi ottenne la sua nomina prova al pubblico di aver egli adempito tutte le formalità richieste dalla legge per essere eletto; per cui non vediamo che l'art. 68 della legge del 25 ventoso anno XI abbia annessa la nullità agli atti ricevuti da uffiziali nominati ad onta della disposizione dell'art. 55, come lo fece per contravvenzione a quella degli art. 6 e 52, i quali trattano del caso in cui il notaio era incompetente o incapace per altre cagioni. L'arresto della Corte di cassazione sopraccitato confermerebbe questa dottrina, se mai potesse per un solo istante esser dubbiosa.

In conformità di queste regole, Grozio, *de jure belli ac pacis*, lib. 1, cap. 4, § 5, insegna che le sentenze profferite o gli atti ricevuti da giudici o da uffiziali nominati da un' autorità usurpatrice in tempi di turbolenze e di anarchie, debbono essere dichiarati validi, ancorchè queste nomine non sieno poi confermate dall' autorità legittima ristabilita.

78. Del resto quando anche l'atto nullo come atto autentico lo fosse del pari come scrittura privata, per non essere stato sottoscritto dalle parti, se l' obbligazione esiste per sè stessa, dovrà sempre eseguirsi, qualora sia provata con gli altri mezzi stabiliti dalla legge. Così nel caso di un mutuo, siccome la numerazione delle monete è quella che fa nascere l' obbligazione, se il mutuante giustifichi il mutuo con vie diverse dall'atto, il mutuatario dovrà essere condannato alla restituzione della somma a lui sborsata: potrà essergli deferito il giuramento, il creditore potrà anche farlo interrogare sul fatto del mutuo, e la confessione lo stabilirà perfettamente come il farebbe un atto valido; e se la somma non ecceda 150 fr., si potrà ugualmente ammettere la pruova per mezzo di testimoni. Bisogna dire altrettanto de' casi in cui il debitore si fosse obbligato per una causa già esistente, a cagion d' esempio per aver riscosso pel creditore una certa somma nell' amministrazione de' suoi affari: il creditore, provando il debito in uno di questi modi in caso di controversia, ne otterrà del pari il pagamento.

79. Non evvi alcun dubbio su questi casi; nè

potrebbe esservene che in quelli in cui l' obbligazione nasce dal consenso , come nelle vendite, nei contratti di affitto, nelle permutate, ed in cui l'atto nullo anche come scrittura privata, non sia stato nè eseguito nè altrimenti confermato.

Per massima, le sole condizioni richieste per la validità delle convenzioni sono il consenso delle parti , la capacità di quella che si obbliga, una cosa certa che formi la materia dell' obbligazione , ed una causa lecita dell' obbligazione (art. 1108 c. c. = 1062 *ll. cc.*); ed il consenso può esser dato sì verbalmente che per iscritto : gli atti in generale sono richiesti sol per la pruova dell' obbligazione ; sotto questo rapporto ancora vengono considerati nel capitolo VI di questo titolo del Codice, che ha per epigrafe *della pruova dell' obbligazione e di quella del pagamento*. Se in taluni casi, come quelli di donazione tra vivi, di convenzioni d'ipoteca, di contratti di matrimonio, la legge richiede atti autentici per la validità della stessa convenzione, sono questi de' casi di eccezione; ma per regola , gli atti non vanno richiesti per la formazione del contratto, per la perfezione del consenso ; non lo sono che per la pruova , ed appunto in questo aspetto vengono prescritti dal medesimo art. 1341 c. c. = 1295 *ll. cc.*, quando dice che per qualunque cosa che ecceda la somma o il valore di 150 fr., deve stendersene atto innanzi notaio o con privata scrittura ; giacchè egli è per istabilire che la pruova testimoniale non sarà ammessa , per massima , oltre questa somma.

Da un' altra banda , è indubitato pure che allorquando le parti intesero non contrattare se non per iscritto , *in scriptis* , e sospendere così il loro consenso finchè un atto fosse compiutamente e perfettamente disteso , non avvi contratto finchè questo atto non sia disteso e sottoscritto : fino allora vi è soltanto un proponimento , che ciascuna di esse può ritrattare. Tanto è stabilito formalmente per le vendite , locazioni , società e transazioni , dalla costituzione di Giustiniano o legge 17 nel Codice *de fide instrumentorum* , riprodotta nelle sue Instituta ; sotto il titolo *de emptione et venditione* , e di cui parliamo nel tomo X , n.º 84 e seguenti , dove distinguiamo , secondo le circostanze della causa , il caso in cui le parti si reputano di aver voluto contrattare per iscritto , *in scriptis* , e quello in cui vollero un atto per la pruova soltanto della loro convenzione. Or quando l'atto che esse fecero sia nullo , come nella specie , è come se non esistesse.

Nulladimeno il dubbio non è ancora risoluto ; giacchè dall'aver le parti formato un atto segue forse di non aver voluto contrattare se non per iscritto ? No certamente : noi lo dimostrammo nel citato luogo , secondo le più gravi autorità ; in conseguenza se esse non intesero contrattare soltanto coll'atto che fecero , questo atto il quale non avvenne unicamente che per la pruova della loro convenzione , non potrebbe , giacchè è nullo , annullare la convenzione stessa : ciò sarebbe assurdo. Tutto quel che può inferirsi dalla sua nullità , è che

deve essere escluso dalla causa, come non provante l'obbligazione; ma se possa somministrarsene la pruova in altro modo, o con la confessione del convenuto o pel suo rifiuto di prestare il giuramento decisorio, questa convenzione debb' essere eseguita.

Sicchè tutto in sostanza si riduce a ciò: le parti vollero forse non contrattare che per iscritto, *in scriptis*, intendendo sospendere il loro consenso finchè fosse disteso un atto perfetto; ovvero non vollero un atto, e lo formarono per la pruova soltanto della loro convenzione, essendo altronde perfettamente di accordo su tutte le clausole del contratto, riguardandosi come vincolate tra loro? Nel primo caso la convenzione, come incompleta, come imperfetta non ha forza alcuna; nel secondo, l'atto soltanto è nullo e la convenzione è valida; e se mai sia confessata dal reo convenuto, o se costui si neghi a prestare il giuramento, dev' essere condannato ad eseguirlo. Ma il suo giuramento, al pari che la sua confessione, dev' essere preso in intero, senza scinderlo.

Suppongasì in fatti che le parti abbiano formato da principio una scrittura privata, come spesso avviene, o che stipulando poscia un atto autentico, abbiano distrutto la scrittura privata, che esse riguardavano allora come inutile, e che questo atto autentico sia nullo anche come scrittura privata, per non essere stato sottoscritto da tutte le parti: la loro stessa convenzione deve forse esser nulla puranche, abbenchè fosse confessata? Ma s' intese mai

annullarla formando l'atto autentico? No certo; e ciò che doveva assicurar più pienamente gli effetti del contratto, deve mai ridondare in sua distruzione? Non potremmo crederlo.

Dovremo ancora discutere tale importante quistione riguardo alle scritture private contenenti convenzioni sinallagmatiche, e che non avessero tutte le condizioni prescritte dall'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc.

ART. III.

Dell' effetto dell' atto autentico, della querela di falsità e della iscrizione in falso.

80. Avendo la legge istituito uffiziali per ricevere gli atti e renderli autentici, risulta da ciò che l'atto autentico fa piena fede della convenzione che racchiude fra le parti contraenti e loro eredi, o coloro che han causa da esse; art. 1319 c. c. = 1273 ll. cc.

81. Fa ugualmente fede riguardo ai terzi, non ad effetto di obbligarli, giacchè le convenzioni obbligano soltanto le parti contraenti ed i loro eredi (art. 1165 c. c. = 1118 ll. cc.), ma nel senso che prova l'esistenza medesima della convenzione, *rem ipsam*, come dicono gli autori. Serve di base alla prescrizione di dieci o venti anni, se non sia nullo per vizio di forma e se altronde l'acquirente sia in buona fede: è la pruova del giusto titolo, *seu ju-*

sta causa possidendi, richiesto per poter acquistare la proprietà mediante questa prescrizione; art. 2265 e seg. c. c. = 2171 e seg. ll. cc.

Segue da ciò che se io abbia comprato da Paolo in buona fede un immobile appartenente a Filippo, e che da me o per mezzo di Paolo abbia io posseduto questo immobile pel tempo bastante a siffatta prescrizione al momento in cui Filippo intenta contro di me la sua dimanda di rivendicazione, gli opporrei il mio titolo di compra il quale vien provato dall'atto che formai con Paolo; e giustificando il possesso pel tempo richiesto dalla legge per la prescrizione basata sopra un titolo, escluderei la sua dimanda, salvo a lui il suo regresso, se competa, contro chi abbia disposto della sua cosa senza sua approvazione. Siccome io ripeto dalla legge il beneficio della prescrizione, l'atto di cui trattasi è soltanto la pruova di una delle condizioni da essa richieste perchè si operi questa prescrizione: se ha effetto contro Filippo, lo è indirettamente, e non per imporgli alcuna qualsivoglia obbligazione personale.

82. Nelle antiche regole l'atto autentico faceva piena fede di ciocchè contenea, tra le parti e loro eredi, non ostante la querela di falsità e la sottoposizione a giudizio dell'accusato di falsità. Questa giurisprudenza, la cui massima era attinta dalla legge 2, Cod. *ad leg. Corneliam de falsis*, avea per fondamento che il misfatto non si presume, ed il pericolo di lasciare in potere de'debitori di mala fede lo arrestare per lungo tempo il pagamento de'più legitti-

mi debiti, mediante accuse di falsità. Quindi Molineo (1) opinava che un atto autentico prodotto dal vassallo, benchè impugnato di falso dal signore, sciogliesse provvisionalmente il sequestro feudale.

83. Ma il Codice non seguì regole così assolute: conciliò esso la fede dovuta agli atti autentici con quella massima di saviezza, esser meglio prevenire il male che doverlo di poi riparare, il che non è sempre possibile: « Ciò non ostante nel caso che l'atto
« venga impugnato direttamente colla querela di
« falso, se ne sospenderà l'esecuzione, appena am-
« messa l'accusa: nel caso poi che si proponga la
« falsità per incidente, i tribunali potranno, se-
« condo le circostanze, sospendere provvisionalmente
« l'esecuzione dell'atto ».

Quindi la sola querela di falso non basta per togliere all'atto autentico la fede che gli è dovuta: sarebbe stato lo stesso che porre in mano de' debitori in mala fede un mezzo troppo facile di dispensarsi per un tempo più o men lungo dall'adempiere alle loro obbligazioni; ciò avrebbe fatto nascere un'infinità di querele di falso senz'alcun fondamento, ed avrebbe distrutta la fiducia dovuta agli atti ricevuti dai pubblici uffiziali: la presunzione è sempre in favore della verità dell'atto fatto in forma autentica, non ostante la querela di falso. L'esecuzione dell'atto non sarebbe sospesa da questa sola querela, quando anche la parte che la inten-

(1) *In consuetud. Paris*, § 1, glos. 4, n.º 41.

ta offerisse cauzione. Ma questa medesima presunzione, comunque grave essa sia, cede ad una presunzione vieppiù grave, quella che risulta dalla sottoposizione ad accusa dell'incolpato di falsità, che lo rimette innanzi la Corte di assise per esservi giudicato sulla falsità imputatagli: allora non potrebbe egli stesso ottenere l'esecuzione dell'atto offrendo cauzione, mentre la legge ne pronunzia provvisionalmente la sospensione.

84. L'esecuzione dell'atto autentico nettampoco è sospesa dalla querela di dolo o di frode, qualunque sia la gravità della presunzione, ed anche delle pruove invocate o offerte (1).

Avvien lo stesso, e pei medesimi motivi, nei casi in cui l'atto sia impugnato per cagione di violenza o altri vizj intrinseci.

85. Da un'altra banda, non colla via dell'iscrizione in falso, anche incidente, ma colla via di nullità o di rescissione deve una parte impugnare l'atto contenente questi vizj, se creda di doverlo impugnare; giacchè allora non lo impugna come falso, ma come contenente una convenzione nulla; nè essa impugna l'atto, ma l'obbligazione che vi si contiene (2).

86. La querela di falsità è una denunzia fatta in giudizio da una persona la quale pretende che

(1) *V.* l'arresto di cassazione del 25 nebbioso anno XIII; *Sirey*, tom. 5, par. 2, pag. 58.

(2) *V.* pure l'arresto della Corte di cassazione del dì 11 giugno 1816; *Sirey*, 1817, 1, 417.

76 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

un atto siasi foggato o falsificato in suo danno, per ottenere che sia soppresso, o che sian tolte le falsificazioni.

La falsità in iscrittura autentica si commette o formando un falso atto contenente convenzioni che non ebbero luogo, o in un atto convenuto allorchè l'uffiziale pubblico v' inserisca una cosa diversa da ciò che fu dichiarato dalle parti, o altera le loro dichiarazioni, o infine allorchè una di esse vi abbia assunto falsi nomi o false qualità.

L'alterazione materiale o la falsificazione di un atto avvien dopo, allorchè l'atto sia stato fatto validamente e regolarmente fin da principio, e siensi eseguiti di poi cangiamenti non autorizzati.

V. a tal riguardo gli art. 145 e segu. c. pen. = 287 e segu. II. pen.

87. Ma siccome gli atti pubblici non si eseguono sulla minuta, la quale rimane in potere del notaio, ma bensì sulle copie autentiche di prima spedizione, cioè sulle copie munite dell'intitolazione delle leggi e che terminano coll'ordine di esecuzione diretto agli uffiziali della giustizia, colui il quale viene astretto può, in virtù dell'art. 1334 c. c. = 1288 II. cc., chiedere l'esibizione del titolo originale con cui si obbligò. E se questo medesimo titolo sia falso o falsificato, l'iscrizione in falso cadrà su di esso principalmente: se al contrario la falsificazione sia stato commessa nella copia esecutiva di prima spedizione, l'iscrizione cadrà unicamente su questa copia.

Ma siccome trattasi d'un atto autentico, essa fa fede

sino all' iscrizione in falso principale, seguita dalla sottoposizione ad accusa, salvo al tribunale, in caso d' iscrizione in falso incidente, il sospendere provisionalmente l' esecuzione dell' atto; imperciocchè dal potersi sempre richiedere l' esibizione del titolo originale finchè sussiste, non bisogna credere che non vi sarebbe falsità qualificata e punibile secondo le leggi criminali in una copia esecutiva di prima spedizione falsamente e fraudolentemente estratta da un titolo originale vero. Primieramente questa copia autentica, in caso di perdita dell' originale, farebbe fede (art. 1335 — 1.º c. c. = 1289 — 1.º II. cc.); può dunque pregiudicar molto ad una delle parti, anche a terze persone, in taluni casi. In secondo luogo, anche nella ipotesi in cui il titolo originale non fosse perduto, il debitore deve naturalmente credere che la copia autentica gli è uniforme; non deve sospettare il misfatto in un ufficiale pubblico, ed in conseguenza se esegua in vista della copia autentica falsificata, soffre un danno. Essendo questa copia la base dell' azione dell' altra parte, poichè sopra essa si fanno i procedimenti giudiziarij, è vero il dire che se mai sia falsificata, avvi misfatto di falsità con tutte le sue conseguenze.

88. Avverrebbe altrimenti se l' alterazione non cadesse nè sulla minuta nè sulla spedizione, ma semplicemente sopra una *copia* della spedizione, ancorchè questa spedizione fosse la prima o la copia autentica: specialmente l' alterazione commessa

nella copia di un titolo ceduto, messa a principio della notifica della cessione al debitore, con precetto di pagare fatto dal cessionario, non costituisce il misfatto di falsità nel senso delle leggi penali. La Corte di assise dell' Isere aveva giudicato il contrario, condannando ai lavori forzati a tempo, per applicazione dell' art. 148 c. pen. = 292 *ll. pen.*, un individuo dichiarato colpevole di questo fatto; ma la sua decisione fu cassata con arresto del 2 settembre 1815 (1), pei seguenti motivi: « La Corte, veduto l' art. 410 c. istr. cr. = « 311, 318 e 319 *ll. pr. pen.*, dal quale risulta « che la Corte deve annullare le decisioni da cui « siasi falsamente applicata la legge penale;

« Veduti anche gli art. 147 e 148 c. pen. del « 1810 = 291 e 292 *ll. pen.*, e gli art. 41 e 45 « c. pen. del 1791, i quali determinano il carattere e la pena della falsità;

« Attesochè la falsità preveduta dal detto art. « 147 suppone l'alterazione *di un atto che potrebbe essere la base di un' azione o di un dritto*; « che il misfatto di essersi fatto uso di un documento falso suppone gli stessi elementi di azione « o di dritto nel documento di cui si è fatto uso;

« Ed attesochè nella specie l'alterazione è stato « commessa non già in una *minuta*, nè in una « *spedizione di atto pubblico*, ma nella copia di « un atto scritto in fronte di un atto del mini-

(1) *Sirey*, 13, 1, 427.

« *stero di uscire, contenente notifica e precetto* ;
 « che questa copia non poteva essere il principio
 « dell' esercizio di alcun dritto ; che l' azione la
 « quale risultava dall'atto a cui essa si riferiva non
 « poteva esercitarsi se non *secondo la minuta o la*
 « *spedizione di questo atto* (art. 155 $\frac{1}{2}$ c. c. = 1288
 « *ll. cc.*) ; che l' uso del documento alterato su
 « cui il giurì ha emesso la sua deliberazione non
 « poteva dunque costituire il fatto preveduto dal-
 « l'art. 151 c. pen. = 293 *ll. pen.*, nè dar luogo
 « ad applicare una disposizione penale: per questi
 « motivi, la Corte cassa, ec. »

89. Come più sopra si è detto, vi sono due specie d' iscrizioni in falso, o due modi d'impugnare un atto per causa di falsità o di falsificazione: la querela di falso, che si produce innanzi ai tribunali criminali, e che ordinariamente chiamasi iscrizione in falso principale; e l'iscrizione in falso incidente, o falso civile.

Nel primo caso si perseguitano l'autore della falsità ed i suoi complici, cioèchè suppone che sieno viventi, e che l'azione criminale non sia ancora estinta colla prescrizione; art. 259 c. pr. = 334 *ll. pr. civ.*

Nel secondo caso viene impugnato l'atto medesimo, per esso viene istituito il giudizio, allorchè è stato intimato, comunicato o prodotto in una procedura (art. 214 *ibid.* = 309 *ibid.*) ; salvo ai tribunali se vi sieno indizj di falsità, se gli autori o complici della falsità sieno vivi, e se l'azione criminale non sia prescritta, di uniformarsi alle disposizioni dell'art. 259 innanzi citato.

90. La querela di falso principale può aver luogo anche prima che l'autore della falsità abbia fatto uso dell'atto. Per esempio, se io so che di concerto con un notaio si è fatto col suo ministero un atto col quale son dichiarato debitore di Paolo della tale somma, per mutuo o altra causa, o di avergli venduto il tale fondo, posso produrre immediatamente la mia querela di falso; ed ho interesse a farlo al più presto possibile, perchè col tempo potrebbero indebolirsi le pruove della falsità, e se io morissi, i miei eredi potrebbero eseguire l'atto ignorando di esser falso, o avere minori mezzi e pruove di me per dimostrare la falsità.

Che se Paolo dopo aver fatto estrarre la copia di prima spedizione in forma esecutiva dell'atto, fa pignorare i miei beni per essere soddisfatto del preteso mutuo, o produce giudiziale dimanda contro di me per ottenere il rilascio del fondo, posso ugualmente produrre la mia querela di falso, affinchè colla sua sottoposizione ad accusa, se questa venga pronunziata, sia provvisionalmente sospesa l'esecuzione dell'atto, e l'atto medesimo venga di poi annullato sulle mie conclusioni come parte civile, se l'accusato sia dichiarato colpevole.

Ma è d'uopo osservare che nel caso del preteso mutuo e del pignoramento de' miei beni, non posso, per far sospendere l'esecuzione dell'atto, limitarmi a formare una semplice iscrizione in falso incidente, poichè l'atto non è stato nè intimato, nè comunicato, nè prodotto *nel corso di una procedura*,

ciocchè è necessario, giusta l'art. 214 c. pr. = 309 ll. pr. civ., perchè possa esservi luogo ad una iscrizione in falso incidente civile; giacchè non può esservi domanda *incidente* se non laddove siasi prodotta una dimanda principale, ed il falso incidente è una dimanda incidente. Or il pignoramento fu fatto in virtù di un titolo in forma esecutiva, perchè l'atto e l'obbligazione che in apparenza conteneva, riunivano le condizioni richieste dall'art. 551 del medesimo Codice = 641 ll. pr. civ. pei pignoramenti sopra mobili o sopra stabili.

Invece che nel caso della pretesa vendita e della dimanda pel rilascio del fondo, io avrei potuto limitarmi a formare una iscrizione in falso incidente civile, abbenchè l'atto sia stato prodotto da Paolo medesimo: soltanto il tribunale adito per la dimanda di rilascio avrebbe avuto la facoltà di sospendere oppur no provvisionalmente l'esecuzione dell'atto, in conformità dell'art. 1519 c. c. = 1273 ll. cc., e salvo puranche, se vi fosse stato luogo, l'applicazione dell'art. 259 c. pr. di sopra citato. Questo articolo suppone in fatti che siasi prodotta ed ammessa una iscrizione in falso incidente civile, e che il misfatto non siasi estinto colla morte dell'autore della falsità e de' suoi complici, nè colla prescrizione dell'azion criminale.

Finalmente dopo aver formato una iscrizione in falso incidente civile, la parte può ancora querelarsi di falsità innanzi ai tribunali criminali. L'art. 250 c. pr. = 345 ll. pr. civ. dispone che l'attore

82 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

iscritto in falso incidente *potrà sempre* (a) proporre la querela di falso principale in linea criminale, e che in tal caso verrà sospeso il giudizio nella causa civile, meno che i giudici non credano che la causa possa essere giudicata indipendentemente dal documento arguito di falso.

Potrebbe anche prodursi la querela di falso, abbenchè vi fosse stata sentenza passata in forza di cosa giudicata che avesse rigettata l'iscrizione di falso incidente. La sentenza in linea civile non è di ostacolo nella via criminale, se non in taluni casi, come quelli in cui sia essenzialmente pregiudiziale: per esempio, allorchè io querelo un individuo per aver rubato o tagliato il legname sul mio fondo, che egli per sua difesa pretende di appartenere a lui, e che i tribunali civili, innanzi ai quali fu rinviata la quistione di proprietà, la risolveranno in suo favore; ciocchè è distruttivo per conseguenza dell'accusa di furto. Ma il caso d'iscri-

(a) L'art. 1273 delle leggi civili concerne gli atti che sono ad un tempo autentici ed esecutorj, e non già quelli che sono semplicemente autentici, senza essere muniti di forma esecutoria. Quindi MERLIEU (*Questions de droit. v. Faux § XVI*); e CARRÉ (*Lois de la procédure civile*, art. 250, quest. 965) insegnano, che ove si tratti non di sospendere l'esecuzione di un atto, bensì la decisione della causa in cui questo viene esibito, è applicabile non già l'articolo suddetto delle leggi civili; ma l'art. 345 delle leggi di procedura civile, non occorrendo in questo caso che la querela del falso principale siasi ammessa, bastando che sia stata prodotta. Questi principj sono conformi a quelli adottati nel dì 26 settembre 1835 dalla 4.^a camera provvisoria della Gran Corte civile di Napoli nella causa tra i signori *Mazzetti e Lecaldano*. TRAD.

zione in falso incidente civile' è ben differente: i mezzi da scoprire la falsità sono più efficaci nel giudizio criminale che nel civile; non altro fu giudicato che il documento in linea civile, e si giudicherà in linea criminale colui al quale viene esso attribuito. L'attore per falsità può *sempre* intentare la via criminale, dice l'art. 250 innanzi citato.

E quando in conformità di questo articolo l'attore per falso incidente civile siasi querelato di falso principale in linea criminale, ed i giudici usino della facoltà loro accordata di decidere la causa indipendentemente dal documento arguito di falso, non possono farlo se non dopo aver pronunziato sulla pertinenza de' mezzi di falsità, ma senza potere essi stessi procedere alla pruova di tai mezzi, a differenza del caso in cui la iscrizione rimane nei limiti del semplice falso incidente (1).

91. Del resto questo art. 250 si coordina coll'art. 239 c. pr. = 334 *fl. pr. civ.*, il quale, come lo abbiamo già detto, richiede che per esservi luogo ad un procedimento criminale gli autori della falsità o i complici sieno ancor viventi, e che l'azione criminale non sia prescritta in virtù delle disposizioni delle leggi penali.

Nel caso di morte del colpevole, potendo procedersi coll'azione civile contra i suoi eredi, ai termini dell'art. 2 del Codice d'istruzione crimi-

(1) V. nelle *Questioni di diritto* di Merlin, v. *iscrizione in falso*, molti arresti della Corte di cassazione che giudicarono in tal senso.

84 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

nale = 4 ll. pr. pen., è chiaro che non puossi agire contro di essi per l'annullamento dell'atto, sia in linea d'iscrizione in falso incidente civile, se lo producessero in un giudizio, sia con azione principale, nel caso contrario.

E se essi ne conoscessero la falsità allorchè ne facessero uso, sarebbero con ciò stesso assimilati ai colpevoli di falsità, e punibili come tali; art. 148 e 151 c. pen. = 292 e 293 ll. pen.

92. Il caso di prescrizione presenta maggior dubbio: per cui sono necessarie talune spiegazioni.

Secondo il *Codice de' delitti e delle pene*, del 3 nebbioso anno IV, vigente il quale fu promulgato il Codice di procedura, si prescrivevano le azioni cui davan luogo i misfatti (in conseguenza pei casi di falsità), allorchè fra i tre anni dal giorno in cui erasi riconosciuta e legalmente comprovata l'esistenza del delitto (1), non eravi stato procedimento alcuno (art. 9). Dopo questo

(1) Ma egli è evidente che sebbene in generale un misfatto di falsità non possa essere riconosciuto e legalmente provato se non con una matura istruzione, seguita da una sentenza, non si richiedeva nondimeno, per potervi essere prescrizione dell'azione criminale, che quest'azione fosse essa medesima intentata e completata; altrimenti sarebbe stato rendere in tal modo impossibile la prescrizione dell'azione criminale; mentrechè l'art. 259 c. pr. = 334 ll. pr. civ. l'ha formalmente ammessa ed il Codice stesso di nebbioso non aveva inteso fare alcuna eccezione per questa specie di misfatto. Il riconoscimento e la prova legale del delitto poteva dunque risultare, come negli altri casi, dalle querele prodotte dalle parti lese, e dagli atti giudiziali cui avevano dato luogo queste querele, come processi verbali ed atti degli ufficiali aventi incarico della polizia giudiziaria: così comprovavasi il fatto denunziato.

tempo non poteva più intentarsi alcuna azione, nè criminale nè civile; *ibid.* E quando si fossero incomati de' procedimenti nei tre anni, e non fossero stato seguiti da una sentenza di condanna proferta fra i sei anni dal giorno in cui si fosse conosciuta e legalmente provata l'esistenza del delitto, l'azione penale e l'azione civile erano ugualmente estinte colla prescrizione; art. 10. Scorso tal tempo, niuno poteva essere perseguitato, o in linea criminale o in linea civile, se nell'intervallo non era stato condannato da una sentenza in contumacia.

L'attuale Codice d'istruzione criminale ha cambiato queste regole. Secondo l'art. 637 c. istr. = 613 a 637 *ll. pr. pen.*, l'azione penale e l'azione civile per misfatto che porti ad una pena afflittiva o infamante (per conseguenza pel misfatto di falsità) sono prescritte dopo dieci anni dal giorno in cui fu commesso il misfatto, se in tale intervallo non siasi fatto alcun atto di esecuzione o d'istruzione; se siasene fatto, dopo il medesimo tempo a contare dall'ultimo atto, anche rispetto alle persone che non furono comprese in questo atto di esecuzione o d'istruzione.

Egli è indubitato che l'azione criminale e l'azione civile si prescrivono dopo dieci anni dal giorno in cui fu commessa la falsità, se non sia stato fatto o non si faccia di poi alcun uso dell'atto falso, e se altronde non vi sia stato alcun atto di procedimento o d'istruzione.

Ma se siasi fatto uso dell'atto falso, non è decorso il tempo della prescrizione, rispetto all'autore della falsità o a chiunque altro siasi prevalso dell'atto sapendo che era falso, dal giorno in cui fu formato o alterato: questo tempo è decorso dal giorno soltanto in cui si fece uso dell'atto; giacchè far uso di un atto falso sapendo di esser falso, è un'azione dalle leggi assimilata al fatto di falsità, e da esse punita come una falsità; art. 148 e 151 c. pen. = 292 293 ll. pen.

Se riguardo ad un individuo che non ebbe parte alla formazione o all'alterazione dell'atto falso, ma che nondimeno ne abbia di poi fatto uso conoscendo la falsità, il tempo della prescrizione non comincia evidentemente a decorrere se non dal giorno in cui si rese colpevole; per una ragione almeno uguale questo tempo non può cominciare a decorrere, riguardo all'autore della falsità che ha fatto uso dell'atto falso, se non dal giorno in cui ha fatto quest'uso, ancorchè fosse dopo i dieci anni dall'atto, poichè indipendentemente dal misfatto di aver formato un atto falso, egli ha commesso un altro misfatto facendo uso dell'atto; e vi è stato successione di fatti criminosi. Se così non fosse, un falsario per assicurarsi l'impunità del suo misfatto non farebbe uso dell'atto che fosse andato a formare in luogo lontano, corrompendo un pubblico ufficiale, se non dopo dieci anni dalla formazione dell'atto falso: fino a quel tempo egli terrebbe l'atto segreto per pervenire più sicuramente al suo scopo criminoso.

È d'uopo ancora aver per certo che se gli eredi del falsario facessero uso dell'atto sapendo di esser falso, abbenchè ciò fosse dopo i dieci anni dalla sua formazione, sarebbero ancora similmente soggetti all'azione criminale ed all'azione civile come il loro autore; altrimenti un falsario procurerebbe ai suoi eredi il mezzo facile di assicurarsi l'impunità nel loro tentativo di spogliare altrui; essi non dovrebbero ancora che tener segreto l'atto, finchè fossero scorsi i dieci anni dacchè fu cominso la falsità.

Questo pericolo non avrebbe potuto che difficilmente presentarsi vigente il Codice *de' delitti e delle pene*, poichè la prescrizione dell'azione penale e dell'azione civile per riparazione de' danni cagionati dal delitto non cominciava a decorrere, pel caso di falsità come per gli altri misfatti, *se non dal giorno in cui erasi riconosciuta e legalmente provata l'esistenza del delitto*; ma nell'attuale stato della legislazione esisterebbe in tutta la sua forza, se nel caso in cui si facesse uso dell'atto falso dal falsario, o dai suoi eredi i quali conoscessero la falsità, il tempo della prescrizione cominciava a decorrere a lor vantaggio dal giorno in cui l'atto fu fatto o falsificato, giacchè non vi sarebbe atto di esecuzione o d'istruzione a motivo di un atto di cui lasciassero ignorare l'esistenza finchè non fossero scorsi i dieci anni dalla sua data; e ciò appunto la ragione vuole che non si ammetta.

Convien dire al contrario che la prescrizione

tanto dell'azione criminale che dell'azione civile risultante dal delitto non comincerà il suo corso pel falsario, o per chiunque altro il quale avrà fatto uso dell'atto sapendo di esser falso, se non dal giorno in cui ne avranno fatto uso, abbenché dopo i dieci anni dalla formazione o dalla falsificazione dell'atto, non seguiti da esecuzione o da atto d'istruzione, attesoche ciò costituisce un nuovo misfatto.

Ed anche nel caso in cui fossero trascorsi più di dieci anni dacchè il falsario o il suo erede avesse fatto uso dell'atto, se la parte lesa non ne ha avuto conoscenza, per esempio perchè trattavasi d'una falsa obbligazione di cui il falsario o il suo erede ha fatto cessione ad un terzo, il quale ignorava la falsità, questa parte potrebbe ancor dimandare la nullità dell'atto ed il suo annullamento, o colla via dell'iscrizione in falso incidente civile, se fosse prodotto contro di essa in una procedura, o con azione principale nel caso contrario; attesoche avvi evidentemente dolo nel caso di falsità, e quando un atto viene impugnato per causa di dolo, il termine per procedere in linea di nullità non comincia a decorrere, secondo l'art. 1304 c. c. = 1258 ll. cc., se non dal giorno in cui fu scoperto il dolo. Or il falsario non potè trasmettere dritti che non aveva; neanche si può rimproverare alla parte di non aver prima impugnato un atto che non conosceva, come lo supponiamo in fatto.

Ma, si dirà, l'art. 259 c. pr. = 334 ll. pr. civ.

suppone che siasi fatto uso dell'atto falso, poichè fu prodotta ed ammessa una iscrizione in falso incidente civile, e nondimeno suppone eziandio che l'azione penale e l'azione civile sieno estinte colla prescrizione effettuata giusta le leggi penali, giacchè sol per ipotesi esso prevede il caso contrario; non è dunque vero il dire che la prescrizione non decorre se non dal giorno soltanto in cui si fece uso dell'atto arguito di falso, poichè non vi sarebbe allora prescrizione possibile, mentre l'articolo suppone che essa può acquistarsi.

A ciò risponderemo di non supporre necessariamente questo articolo che l'atto arguito di falso sia stato prodotto, intimato o comunicato nel corso della procedura dall'autore di esso, o da chiunque altro conosceva la falsità; forse egli è un terzo, come un cessionario o un compratore, il quale ignorava completamente la falsità, ed in questa ipotesi è possibile che il misfatto sia effettivamente estinto, o colla morte dell'autore della falsità e de'suoi complici, o colla prescrizione dell'azione criminale, come dice questo medesimo articolo. Il procedimento criminale sarebbe infatti estinto colla prescrizione, se fossero trascorsi dieci anni senza fare alcun procedimento, dacchè l'autore dell'atto arguito di falso ne avesse fatto uso. È possibile ancora che il misfatto non sia estinto nè coll'uno nè coll'altro di queste cause, tanto che l'atto sia stato prodotto da un terzo, estraneo alla falsità e che non ne aveva conoscenza, quanto dall'autore dell'atto me-

desimo o dal suo crede, ovvero da chiunque altro conosceva la falsità: nel qual caso il presidente del tribunale adito per la iscrizione di falso incidente spedisce mandato di accompagnamento contro quegli autori o complici della falsità che sono ancora viventi, ed esercita a tal riguardo le funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria.

Ma se fossero passati dieci anni senz' alcun procedimento dacchè l' autore dell'atto ne avesse fatto uso colla conoscenza dell'altra parte, questo atto sarebbe oramai divenuto inimpugnabile sotto il rapporto della sua autenticità; essa non potrebbe esser più contrastata, anche col mezzo dell'iscrizione di falso incidente civile; vi sarebbe presunzione *juris et de jure* che sia vero, abbenchè nel fatto sia forse falso: la parte contro la quale si sperimentasse l'esecuzione dovrebbe imputare a sè stessa il suo silenzio; avrebbe in tal modo riconosciuto l'atto come vero.

93. Circa all' iscrizione in falso incidente civile, l' art. 214. c. pr. = 309 ll. pr. civ. dichiara: « La « parte la quale pretende che un documento no- « tificato, comunicato o prodotto nel corso della « procedura sia falso, o falsificato, può, *se vi ha « luogo*, essere ammessa a tentare procedura di fal- « so, quando anche in altro giudizio, sia in con- « traddizione dell'attore, sia in contraddizione del « reo, detto documento sia stato verificato per un « oggetto diverso da quello di una procedura di fal- « sità principale o incidente, e che in conseguenza

« sia stato pronunziata una sentenza sull' appoggio
« del predetto documento considerato come vero ».

Quest' ultima parte dell' articolo non può intendersi che di un atto privato, il solo che sia soggetto ad una verificaione di scrittura propriamente detta, allorchè viene negato dalla parte cui si oppone. Ritourneremo su tal punto nel paragrafo seguente.

94. Ma queste parole, *se vi ha luogo*, si applicano ai casi di atti autentici del pari che ai casi di atti in iscrittura privata, e fanno chiaramente intendere che la legge lascia ai tribunali un potere discrezionale di ammettere o di rigettare la domanda per iscrizione di falso, secondo le circostanze. Se in fatti l' iscrizione fosse evidentemente prodotta per uno spirito di cavillo e di malizia, colla mira di prolungare il giudizio, o per rigettare sfavorevoli sospetti sull'altra parte, e specialmente se essa riguardasse un documento che non fosse essenzialissimo, essi potrebbero dichiarare inammissibile l' iscrizione. La loro sentenza a tal riguardo potrebb' essere riformata in grado di appello come *un mal giudicato*, ma difficilmente sarebbe l' oggetto della censura della Corte suprema (1).

95. Colui che vuole intentare la querela di falso incidente civile, prima di ogni altra cosa deve con un atto di patrocinatore a patrocinatore inti-

(1) V. nel tomo III, n.° 124, ove citiamo un arresto di questa Corte del 6 aprile 1820, il quale effettivamente giudicò che l' art. 214 c. pr. = 309 II. pr. civ. nulla ha d' imperativo circa all' ammissione di una iscrizione in falso incidente civile; che al contrario i giudici hanno a tal riguardo un potere discrezionale.

mare alla parte avversa di dichiarare, se intende o non intende servirsi del documento, protestando che se vuole servirsene, egli s'inscriverà contro di essa in falso; art. 215 *ibid.* = 310 *ibid.* La iscrizione non potrebbe ammettersi senza tale intimazione, che ha per oggetto di avvertire la parte delle conseguenze alle quali si espone, se voglia persistere a servirsi del documento, ed ancor più obbligare un crede a vedere se mai esporrà a qualche onta la memoria del suo autore.

Gli articoli seguenti regolano la procedura sull'iscrizione in falso incidente. Non ne esamineremo noi le disposizioni, perchè usciremmo con ciò dal nostro soggetto.

96. L'atto, sia autentico, sia privato, fa prova tra le parti, anche di quelle cose le quali non vi sono espresse se non in termini enunciativi, purchè l'enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione. Le enunciative estranee alla disposizione non possono servire se non per un principio di prova; art. 1320 c. c. = 1274 ll. cc. (1).

Quindi non è necessario che una clausola per avere il suo effetto sia espressamente approvata; basta che i termini abbiano un diretto rapporto con una delle disposizioni dell'atto.

Puossi riguardare come semplice enunciazione ciocchè potrebbe troncarsi senza che la dispositiva dell'atto, cioè l'operazione che le parti ebbero prin-

(1) Molineo, in *Consuet. Paris*, § 8, gl. 1, n. 10.

tipalmente in mira, fosse alterata da questo troncamento; allorchè siffatta enunciazione si riferisce evidentemente alla dispositiva, essa è diretta: per estimarla, è d'uopo soprattutto considerare l'interesse che aveva una delle parti a non lasciarla inserire nell'atto: se questo interesse è patente, l'enunciazione sarà generalmente diretta.

Pothier dà il seguente esempio di una enunciazione diretta nella disposizione il quale ci sembra bene scelto, e che conferma perfettamente questa distinzione: « Se qualcuno, egli dice, facendo una dichiarazione di una rendita in questi termini, *dichiara* « *che una tal casa da lui posseduta ha un peso a* « *favore di Roberto, presente, di tanto di rendita* « *per ciascun anno, le cui annualità arretrate so-* « *no state pagate sino a questo giorno, ed in con-* « *seguenza si obbliga di continuargliela*: siffatte « *espressioni, le cui annualità arretrate sono sta-* « *te pagate sino a questo giorno, quantunque* « *non sieno che enunciative, perchè non viene* « *espresso che Roberto dichiara di aver ricevuto* « *le dette annualità arretrate, fan fede nondimeno* « *del pagamento contro Roberto, parte nell'atto,* « *perchè si riferiscono alla dispositiva dell'atto, e* « *doveva nel medesimo trattarsi di ciocchè era ef-* « *fettivamente dovuto delle annualità arretrate di* « *simile rendita ».*

Roberto in fatti non avrebbe lasciato inserire siffata menzione, se non fosse stato pagato delle annualità arretrate di cui si tratta.

97. Riguardo alle enunciazioni che si trovano nell'atto, dice lo stesso autore, allorchè sono affatto estranee alla sua dispositiva, possono fare qualche semipruova, ma non fanno una pruova completa, anche contro le persone che furono parti nell'atto (1).

Per esempio, se nel contratto di vendita di un fondo che mi fu fatta da Paolo, sia enunciato che questo fondo gli è pervenuto dalla successione di Filippo, un terzo il quale, come erede in parte di Filippo, producesse contro di me dimanda di rivendicazione della sua quota in tal fondo, non potrebbe, per giustificare il suo dritto di proprietà, provare con questa sola enunciazione che il fondo sia effettivamente pervenuto a Paolo dalla successione di Filippo, abbenchè io sia parte nell'atto in cui si trova; imperocchè è assolutamente estranea alla disposizione dell'atto, che è la vendita del fondo a mio vantaggio. Allora in fatti io non aveva alcun interesse ad oppormi alla sua inserzione, poichè doveva essermi indifferente che Paolo possedesse il fondo a titolo di erede di Filippo, o a qualsivoglia altro titolo, essendomi dovuto la garanzia in caso di evizione (art. 1626 c. c. = 1472 II. cc.), e dovendo altronde naturalmente prestar fede a quanto ha detto Paolo a tal riguardo. Ma ciò non prova, specialmente riguardo ai terzi, che il fondo effettivamente apparteneva alla

(1) Molineo, *loco citato supra*.

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 95
successione di Filippo, non essendo questa che una semplice indicazione.

98. Per ciò che riguarda i terzi, abbiamo veduto più innanzi che la dispositiva dell'atto, senza obbligarli, prova almeno il fatto principale, il contratto, *rem ipsam*, ed in conseguenza che l'atto può servire di base alla prescrizione di dieci e venti anni, col mezzo della buona fede e del possesso durante tal tempo; ma circa alle semplici enunciazioni, anche dirette, non provano per nulla la verità del fatto enunciato, riguardo a coloro che non furono parti nell'atto, mentrechè fan fede tra le parti e loro eredi. Così, nell'atto di vendita di una casa, viene enunciato che la stessa ha un dritto di prospetto sulla casa vicina: siffatta enunciazione, abbenchè diretta nella disposizione, non fa alcuna pruova contra il proprietario della casa, poichè non fu egli parte nell'atto, e non dovè dipendere dal venditore il gravare di servitù per effetto di sua volontà questa casa.

Pothier dichiara che questa regola va soggetta ad eccezione allorchè l'enunciazione si trovi in un contratto antico, e sia sostenuta dal lungo possesso; ch'è puranche una regola che *in antiquis enunciativa probant*, e cita a tal uopo le opinioni di Cravetta *de antiq. temp. part. 1, cap. 4, n.º 20*. Per esempio, egli dice, abbenchè il lungo uso non attribuisce un dritto di servitù (1), non-

(1) Egli ragionava secondo la giurisprudenza de' paesi in cui, come

dimeno se la mia casa ha da lunghissimo tempo un dritto di prospetto sulla casa vicina, e' negli antichi contratti di acquisto fattone da miei autori sia enunciato di aver essa tal dritto di prospetto, questi antichi contratti, sostenuti dal mio possesso, faranno fede del dritto di prospetto contro il proprietario della casa vicina, abbenchè sia un terzo, ed i suoi autori non furono mai parti in questi contratti.

Presentemente che in tutta la Francia le servitù continue ed apparenti possono acquistarsi col possesso di anni trenta (art. 690 c. c. = *611 II. cc.*) (1), se vi sia stato tal possesso, la quistione riguardante il valore delle enunciazioni di dritti di servitù di tal natura rispetto ai terzi, non ha più interesse; ne presenterebbe soltanto se si trattasse di enunciazioni di servitù discontinue, come i dritti di passaggio, di pascolo, di attinger acqua, che presentemente non possono più acquistarsi colla prescrizione. Nettampoco ne presenterebbe per le enunciazioni di servitù continue, ma non apparenti, *puta* il divieto di costruire sopra un indicato suolo, poichè in simil caso non avvi *possesso* possibile. Ma non crediamo che nell'attuale stato

Parigi ed Orleans, era in vigore la massima *non est servitù senza titolo*.

(1) Ed a creder nostro le servitù capaci di acquistarsi con prescrizione possono anche acquistarsi mediante quella di dieci e venti anni, con titolo proveniente da un terzo e buona fede. È questa una quistione da noi estesamente discussa nel titolo *delle servitù*, tomo V, n.º 595.

della legislazione sulla materia delle servitù, si potrebbe trarre argomento contro un terzo dalla enunciazione fatta in un contratto di vendita o altro, dell'esistenza di un dritto di passaggio, di attinger acqua o di pascolo, quando anche siffatta enunciazione si trovasse in un contratto antico in cui non fosse stato parte, nè per sè stesso, nè per mezzo de'suoi autori, colui contro il quale s'invocasse, e quando anche essa fosse sostenuta da un lungo possesso; imperocchè oggidì siffatto possesso è senza alcun effetto per l'acquisto de' dritti di tal natura, ed essendo l'enunciazione estranea al terzo, non vi sarebbe in realtà nulla che servir potesse di fondamento al dritto reclamato.

ART. IV.

Delle controscritture e del loro effetto.

99. Talune volte le parti per qualche peculiare ragione derogano con un atto separato, ordinariamente destinato a rimaner segreto per un certo tempo, alle convenzioni contenute in un atto autentico, o anche in iscrittura privata. Talune volte si contentano di modificare soltanto tali convenzioni in qualche punto, aggiungendovi o togliendovi qualche cosa; oppure ne spiegano il senso secondo la loro vera intenzione. Questo atto si chiama *controscrittura*, per denotare ch'è *contrario* alla convenzione *scritta* alla quale deroga. Ed ab-

benchè vi sieno due atti distinti, tuttavolta in sostanza non ne formano che un solo, perchè l'esecuzione dell' uno e dell' altro deve farsi combinandoli.

100. Ai termini dell' art. 1321 c. c. = 1275 ll. cc., le controscritture non possono avere il loro effetto che tra le parti contraenti, e non contra le terze persone.

Ma sotto il nome di parti contraenti si comprendono puranche i loro eredi.

101. Le controscritture furono sempre riguardate favorevolmente, perchè sono un mezzo proprio ad ingannare i terzi; per cui il Codice, che fa ad esse produrre effetti tra le parti medesime, non ne fa loro produrre alcuno contra le persone che vi furono estranee. Questo espediente è vie più spesso usato per privare il tesoro di una parte de' dritti di registro dovutigli per trasferimento di proprietà. Ma colla mira di prevenire per quanto era possibile questo genere di frode, la legge de' 22 glaciale anno VII, sul *Registro*, dice, art. 40. « Che qualunque contro-
« scrittura privata, la quale avesse per oggetto un
« aumento del prezzo stipulato in un atto pubbli-
« co, ovvero in un atto privato precedentemente
« registrato, è dichiarata nulla e di niun effetto ».

Il numero seguente stabilisce un' ammenda tripla del dritto che avrebbe dovuto esigersi sulle somme e valori così stipulati.

102. La nullità della controscrittura nel caso preveduto in tale disposizione, era assoluta: era questo

un freno che si credette opporre alla tentazione sì frequente di far frode ai dritti del tesoro; ed abbenchè provvedimento del tutto fiscale, influiva sulla sorte dell'atto in cui si trovava il supplemento di prezzo, annullandolo. Due arresti della Corte di cassazione così giudicarono: uno del 13 fruttidoro anno XI (1), l'altro del 10 gennaio 1809 (2),

Il primo di questi arresti decise pure che la convenzione contenuta nella controscrittura era talmente nulla, che non ne risultava alcuna obbligazione; ancorchè fosse confessata; che la confessione della parte la quale aveva promesso un supplemento di prezzo di vendita della tale somma, con un atto particolare, non era obbligatoria. In guisa che non le si potè deferire il giuramento, giusta la regola *frustra probatur quod probatum non relevat*.

103. Devesi credere in fatti che nello spirito della legge del 22 glaciale anno VII, non era nullo soltanto l'atto chiamato controscrittura, ma ancora la convenzione che contenea; non veniva dichiarata inammissibile soltanto la pruova mediante questo atto, ma era proscritta, e senza effetto, la convenzione stessa.

Pur conviene osservare che i due arresti di sopra citati giudicarono sopra atti precedenti alla promulgazione del Codice: or dev'essere forse lo stesso vigente il Codice? L'art. 1321 c. c. = 1275 II. cc. al contrario non derogò forse alla disposizione della legge

(1) *Sirey*, anno XII, parte 2, pag. 22.

(2) *Sirey*, tomo IX, part. 1, p. 159.

di glaciale su tal punto, poichè tratta eziandio delle controscritture, e poichè la legge del 5o ventoso anno XII dice che per tutte le materie che sono l'oggetto del presente Codice, tutte le leggi anteriori rimangono derogate?

A creder nostro, ciò non deve porsi in dubbio, e la stessa Corte di cassazione con suo arresto del 10 gennaio 1819, che confermò una decisione della Corte di Angers del 2 agosto 1818, giudicò che il Codice civile aveva effettivamente abrogato l'art. 40 della precitata legge.

Merlin, nel tomo VI delle sue *Quistioni di diritto*, v. *controscrittura*, § 111, pag. 98, sostiene la tesi contraria, dicendo che il Codice civile sia una legge generale, e la disposizione di questo art. 40 della legge di glaciale anno VII una legge speciale, e che giusta le regole, una legge generale non deroga ad una legge speciale anteriore, ammenochè il legislatore non lo abbia spiegato: *in toto jure*, dice la legge 80 ff. *de regul. juris*, *generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.*

Ma concedendo a Merlin la regola, la quale nondimeno è vie più sicura quando si tratta di disposizioni destinate a formare un medesimo corpo di leggi, un medesimo Codice, che quando trattasi di leggi di date differenti, ci sembra del tutto falsa la conclusione che quel dotto giuriconsulto ne desume pel caso di cui si tratta; imperocchè non potrebbe porsi in dubbio la volontà

degli autori del Codice di derogare alla legge speciale colla legge generale. La discussione elevata in Consiglio di Stato sul predetto art. 1321 nella tornata del 2 glaciale anno XII, fa fede di tale verità.

« Duchâtel, direttore generale del registro, dimanda che si proscriva *in modo assoluto* l'uso delle controscritture, le quali tendono a celare le convenzioni. Ne risultano frodi spesso contra i privati, e sempre contro il pubblico tesoro.

« Regnault (de Saint-Jean d'Angély) dice che una sentenza ha di fresco annullato una controscrittura la quale aumentava il prezzo di una vendita.

« Bigot-Preameneu dice che le controscritture debbono annullarsi sol quando sieno fraudolose.

« Berlier dice che la proposta di Duchâtel gli sembra nella sua generalità capace di produrre un male maggiore di quello che volevasi evitare. Nel titolo *del contratto di matrimonio* fu specialmente provveduto alla sorte delle controscritture che vi potessero avere relazione; ed in questa materia appunto importava maggiormente di riparare gli abusi, perchè in essa sono più frequenti, principalmente quelli che riguardano la sostanza del patto. Ma nella infinità de' contratti che si fanno tra gli uomini, forse non sarebbe sovente ingiusto di considerare come valido solo l'atto autentico, non ammettendo le modificazioni contenute nella controscrittura? Non sarebbe forse snaturare le convenzioni? Ed il legislatore il deve mai, quando specialmente vi possono essere controscritture che non abbiamo avuto

per oggetto di occultare la convenzione primitiva ,
ma di stabilirne il senso o di ripararne le omis-
sioni ?

« Veramente le controscritture spesso si fanno
per eludere o diminuire i dritti dovuti al tesoro
pubblico ; ma questa specie di frode devesi colpire
e punire con ammende, *e non colla pena di nullità*: in verun caso il legislatore può far subentrare
la sua volontà a quella delle parti per aumentare o
diminuire le rispettive obbligazioni fra loro contratte.

« Cambacérès fa osservare che già esiste una di-
sposizione legislativa contro l'uso delle controscrit-
ture , *ma non gli sembra giusta: questi atti deb-
bono avere tutto il loro effetto tra le parti ; per*
prevenirne gli abusi, basta il sottometerli al dritto
di registro allorchè vengono prodotti.

« Tronchet dice che conviene in fatti distingue-
re : *Una controscrittura dev' essere valida tra le*
parti, e nulla contra i terzi ; or la regola del re-
gistro è un terzo rispetto all' atto.

« Defermont dice che sarebbe contrario alle re-
gole lo annullare indistintamente le controscritture:
l'interesse del fisco sarebbe assai più assicurato, se
quando vengono prodotte, fosse inflitta la pena del-
l'ammenda alle parti per non averle fatte registrare.

« Al che Duchâtel risponde che quanto più la
pena sarà grave, tanto più le parti procureranno
di occultare alla regia la conoscenza dell' atto.

« La proposta di Duchâtel è rinviata alla se-
zione ».

Ma non essendosi proposta alcuna disposizione dalla sezione, l'art. 1521 c. c. = 1275 ll. cc. rimase tal quale lo esprimeva il progetto, che « le « controscritture non possono avere effetto se non tra « le parti contraenti, e non contra terze persone ».

Da siffatta discussione risulta, 1.^o che il direttore generale del registro voleva che si conservasse l'art. 40 della legge del 22 glaciale anno VII, e che l'art. 1521 c. c. = 1275 ll. cc. non sembrandogli ugualmente di pronunziare tra le parti la nullità delle controscritture le quali avessero anche per oggetto un aumento di prezzo, desiderava che questo articolo fosse disteso nel senso della nullità; che si proscrivesse l'uso delle controscritture *in modo assoluto*;

2.^o Che malgrado il suo reclamo, unicamente dettato dal vivo desiderio di proteggere quanto più si potesse efficacemente i dritti, la cui difesa eragli specialmente affidata, *tutti* gli oratori che presero parte alla discussione furono di parere di dare effetto alle controscritture tra le parti contraenti, e di abrogare a tal riguardo la disposizione dell'art. 40 della legge di glaciale anno VII;

3.^o Che per la stessa ragione la idea del legislatore adottando l'art. 1521 c. c. = 1275 ll. cc., che forma una legge *generale*, è al tempo medesimo una legge *speciale* rispetto a siffatta derogazione;

E 4.^o finalmente che la pena di nullità pronunziata dalla legge dell'anno VII è derogata

dalle parole non meno che dallo spirito del Codice civile: e l'arresto della Corte di cassazione del 10 gennaio 1819, più innanzi citato, fece dunque una giusta applicazione delle regole del Codice, e la sua decisione devesi considerare come quella che stabilisce la giurisprudenza su tal punto. Tal'è puranche il parere di Favard de Langlade, *Reperitorio*, v. *controscriittura*.

104. Ma, come lo abbiamo detto, le controscriitture non hanno alcun effetto rispetto ai terzi. Così, Tizio volendo far donazione a Sempronio del tale immobile, ma non volendo fargliela apertamente, o perchè intende celarla ai suoi eredi presuntivi per non disgustarli, o perchè Sempronio non è capace di ricevere da lui, lo vende a Seio, mediante un prezzo simulato, e riceve da lui una controscriittura colla quale Seio si obbliga di donare egli stesso l'immobile a Sempronio ad un'epoca stabilita dalla controscriittura. Ma in vece di eseguir-la fedelmente, Seio vende o ipoteca lo stabile ad un terzo: Tizio non potrà, invocando la regola *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, rivendicare l'immobile dalle mani del terzo, o dimandare l'annullamento della ipoteca, abbenchè Seio non fosse in realtà proprietario della cosa, ma sibbene un semplice *fiduciario*, una specie di mandatario, come risultava dalla controscriittura. Ma poichè non può essere opposta ai terzi, l'atto di vendita intervenuto tra Tizio e Seio, che dava a costui la qualità *apparente* di

proprietario, bastò perchè egli potesse disporre dell'immobile con effetto a vantaggio di questo terzo; salvo a Tizio il suo regresso contro di lui. Non è dunque applicabile la massima innanzi citata. V. l'arresto della Corte di cassazione del 18 dicembre 1810 (1), che giudicò in tal senso.

105. La stessa Corte giudicò pure (2) che un venditore dal quale erasi imprudentemente dichiarato nell'atto di vendita di aver ricevuto il prezzo della vendita, mentrechè una controscrittura diceva il contrario, non aveva potuto far sciogliere il contratto, mediante la controscrittura, per mancanza di pagamento, se non col peso di pagare alla regia nuovi dritti di trasferimento, e senza pregiudizio ancora dell'ipoteca o altri dritti conferiti dall'acquirente a terze persone. Fu considerato questo scioglimento come una retrocessione celata. Poteva in fatti non essere altro che ciò.

106. Tra le parti medesime, se la controscrittura fosse sotto firma privata, come avviene ordinariamente, non sarebbe valida, se non quando fosse fatta in doppio originale nel caso in cui contenesse obbligazioni sinallagmatiche da adempiersi, o derogazioni ai dritti di ambedue le parti stabiliti coll'atto principale, autentico o privato poco importa. L'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc. potrebbe applicarsi.

107. E se la controscrittura non contenesse ob-

(1) *Giornale del Foro*, tomo XXIX, pag. 417.

(2) Arresto degli 11 luglio 1814; *Sirey*, 1815, 1, 248.

bligazione che per una parte soltanto, e questa obbligazione fosse una promessa di pagare una somma, o una cosa estimabile, dovrebbe essere scritta per intero di pugno della parte obbligata, o contenere almeno, oltre la sua sottoscrizione, un *bono* o *approvato* esprimendo per esteso la somma o la quantità della cosa promessa; in somma l'art. 1526 c. c. = 1280 U. cc. con le eccezioni in esso contenute potrebbe applicarsi, perchè sarebbe effettivamente una promessa in iscrittura privata, ed il pericolo delle frodi e dell'abuso di una sottoscrizione in bianco dovrebbe ugualmente temersi.

108. Gli art. 1596 e 1597 c. c. = 1350 e 1351 U. cc. determinano la forma e regolano l'effetto delle controscritture colle quali siasi derogato alle convenzioni contenute nel contratto di matrimonio prima della celebrazione. Noi ne parleremo a suo luogo.

§ II.

Dell'atto in iscrittura privata.

SOMMARIO.

109. Quali atti sien compresi sotto il nome di atti in iscrittura privata.

110. Quale sia l'atto in iscrittura privata propriamente detto.

111. Allorchè è riconosciuto o tenuto per riconosciuto, il suo effetto tra le parti è simile a quello dell'atto autentico, se la convenzione potè esser fatta in questa forma.

112. L'atto in iscrittura privata prova ugualmente il fatto, *vera ipsam*, rispetto ai terzi, a contare dal giorno in cui acquistò data certa; ma non gli obbliga.

113. *Anticamente in materia civile bisognava conchiudere pel riconoscimento dello scritto prima di conchiudere pel pagamento; non era ciò necessario in materia di commercio.*

114. *Nettampoco presentemente ciò è necessario, anche in materia civile, salvo l'osservanza delle regole pel preliminare sperimento di conciliazione.*

115. *Che debba fare colui al quale viene opposto un atto in iscrittura privata come proveniente da lui, e che possa fare se l'atto sia presentato come derivante dal suo autore.*

116. *Perchè nell' art. 1322 c. c. si parla del carattere o della sottoscrizione, disgiuntamente.*

117. *Il possessore di un atto in iscrittura privata può citare perchè sia riconosciuto il carattere anche prima della scadenza del debito; effetto di tale dimanda.*

118. *Disposizioni della legge del 3 settembre 1807 a tal riguardo.*

119. *A carico di chi vanno le spese riguardanti la dimanda per riconoscimento: distinzioni da farsi.*

120. *Se il citato per riconoscimento non comparisca, lo scritto si ha per riconosciuto, salvo l' opposizione.*

121. *In caso che non venga riconosciuto il carattere, se ne ordina la verificazione: come si faccia.*

122. *Se l'atto sia stato riconosciuto dalle parti, ha la stessa fede dell'atto autentico.*

123. *Ma può ancora essere impugnato colla iscrizione in falso, sia criminale sia civile.*

124. *La parte può eziandio iscriversi in falso, ancorchè l'atto sia stato verificato per un oggetto diverso da quello di una procedura di falso principale o incidente.*

125. *E querelarsi di falso criminale, anche dopo essersi iscritto in falso civile, se il misfatto non siasi ancora estinto.*

126. *L'assoluzione di un accusato di falsità non impedisce ai tribunali civili di esaminare di poi il merito dell'atto sotto il rapporto della veracità della sua causa; rimessione per la discussione di siffatta proposizione.*

127. *Il Codice civile in generale non prescrive alcuna particolare formalità per gli atti in iscrittura privata, salvo le disposizioni degli art. 1325 e 1326: non richiede nè la menzione del luogo, nè quella della data.*

128. *Gli atti in iscrittura privata possono essere scritti anche dai notai o altri uffiziali pubblici, e sottoscritti da essi come testimo-*

108 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

ni : le dichiarazioni de' 19 marzo 1696 e 14 luglio 1699 , che lo vietavano , sono abrogate.

129. *Da qual' epoca gli atti in iscrittura privata si considerano sussistere rispetto ai terzi : testo dell' art. 1328 c. c.*

130. *Essi provano a loro riguardo che il fatto della convenzione esisteva a quell' epoca : diverse conseguenze.*

131. *La disposizione dell' art. 1328 è limitativa : contraria opinione di un autore.*

132. *Rigetto dell' opinione del medesimo autore , il quale pretende che l' acquirente di un immobile con atto in iscrittura privata senza data certa, debb' essere preferito all' acquirente con atto autentico del medesimo immobile , se questo atto privato abbia una data anteriore.*

133. *I sequestratarij possono opporre al sequestrante i pagamenti fatti anteriormente al sequestro, ancorchè non siano comprovati con atti aventi acquistato data certa al tempo in cui esso fu fatto.*

134. *Continuazione della confutazione della dottrina del medesimo autore.*

135. *Indicazione di coloro che furono presi in mira dalla legge sotto la denominazione di terzi nell' art. 1328, e di aventi causa nell' art. 1322 c. c.*

136. *Continuazione e sviluppiamenti.*

137. *Continuazione della discussione rispetto all' acquirente dell' usufrutto con atto in iscrittura privata senza data certa.*

138. *Continuazione e confronto con un creditore ipotecario.*

139. *Conclusione della discussione.*

140. *L' art. 1328 c. c. non può applicarsi ai creditori di un fallito che si presentano nel fallimento per effettuare accomodi con lui, o per partecipare alle distribuzioni di somme.*

141. *Avviene lo stesso de' creditori di un debitore non commerciante , i quali si presentano alle distribuzioni dietro sequestri.*

142. *Caso abbastanza notevole nel quale taluni creditori potettero escludere una scrittura privata , in virtù dell' art. 1328 c. c.*

143. *Gli atti che contengono convenzioni sinallagmatiche debbono esser fatti in tanti originali quante sono le parti aventi un interesse distinto ; testo dell' art. 1325 c. c.*

144. *Ciò non era richiesto nel dritto romano , nè generalmente nella giurisprudenza francese anteriore al 1636.*

145. *Contratti ai quali si applica la regola.*

146. *Nondimeno se un contratto di sua natura sinallagmatico, come la vendita , venga completamente eseguito all' istante da una*

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 109

delle parti, non è necessario di far l'atto in doppio originale, almeno generalmente.

147. Le promesse di vendere o di comprare possono farsi senza reciprocanza, e l'atto che le comprova non ha bisogno di esser fatto in doppio originale.

148. Nulladimeno sembra di essersi giudicato il contrario dal parlamento di Parigi.

149. Le compre e vendite tra negozianti possono benissimo comprovarsi coi libri delle parti, e colla loro corrispondenza.

150. I depositi, i comodati ed altri contratti imperfettamente sinallagmatici, non han bisogno di essersi comprovati con atti fatti in doppio originale.

151. La rinuncia di una delle parti a certi dritti, e per la quale l'altra si obbliga, rende sinallagmatica la convenzione nello spirito dell'art. 1325 c. c.

152. Per esempio, nel caso di un atto di fideiussione, allorchè il fideiussore non si è obbligato che a condizione di una proroga del termine accordato al debitore.

153. Altro esempio desunto da un atto col quale un tutore si obbliga verso il minore divenuto maggiore, di pagargli un tanto, sotto la condizione da costui parte di rinunciare a dimandare alcun conto di tutela.

154. Due o più persone che hanno il medesimo interesse si considerano come una sola; dunque basta ad esse un originale: diversi esempj.

155. Ma l'originale dell'altra parte dev'essere sempre sottoscritto da tutte, se non dettero mandato a qualcuna di esse di contrattare per le altre.

156. Non è necessario di sottoscrivere l'originale che si riceve.

157. Neanche il Codice prescrive di approvare la scrittura dell'originale che le parti non scrivono esse medesime.

158. Nè di apporre all'originale dell'altra parte un bono o approvato contenente per esteso la somma o la quantità della cosa promessa.

159. Nè di esprimere le somme per esteso o di apporre un bono o approvato di tali somme.

160. Ma l'art. 1325 c. c. richiede la menzione sopra ciascun originale del numero degli originali che furono fatti.

161. La mancanza di menzione ed anche la mancanza reale dei doppj originali si sanano rispetto alla parte che ha eseguito dal canto suo la convenzione.

110 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

162. *Abbenchè una delle parti soltanto abbia pagato o consegnato, l'altra viene pure considerata di aver eseguito la convenzione ricevendo essa medesima la cosa pagata.*

163. *Se l'atto non sia fatto secondo il voto dell'art. 1325 c. c. e se la convenzione neanche sia ancora eseguita, è forse nulla questa convenzione medesima? discussione e distinzione.*

164. *L'atto di cui si tratta non può servire di principio di prova per iscritto.*

165. *Il termine di dieci anni non ne purga il vizio.*

166. *Testo dell'art. 1326, circa ai biglietti e promesse unilaterali in scrittura privata.*

167. *Dichiarazione del 1733 a tal uopo.*

168. *Motivi di queste disposizioni.*

169. *Altra dichiarazione del 1730, ma generalmente non adottata.*

170. *La disposizione principale dell'art. 1326 è più estesa di quella della dichiarazione del 1733, la quale non si applicava se non ai biglietti che avevano per causa un valore in danaro.*

171. *Quindi si applica alle dichiarazioni di deposito.*

172. *Ad un rendimento di conti.*

173. *Alle costituzioni di rendite.*

174. *Anche alla dichiarazione di danaro tolto in prestito inserita in un contratto di locazione.*

175. *Ad un atto di fideiussione non commerciale, tanto chè la fideiussione si fosse prestata coll'atto medesimo che contiene il debito, quanto che lo fosse stato con un atto separato.*

176. *Secus della fideiussione o avallo apposto anche da un individuo non negoziante ad un biglietto ad ordine sottoscritto da un negoziante ad un altro negoziante.*

177. *Ma essa si applica pure ad un biglietto ad ordine sottoscritto da uno che non sia commerciante; non si applica tuttavia ad una lettera di cambio, abbenchè sottoscritta da un individuo non commerciante, ammeno che non dovesse reputarsi semplice promessa.*

178. *Si applica ad un biglietto ad ordine sottoscritto da un individuo non commerciante, abbenchè per fatto di commercio.*

179. *Si applica ad una promessa unilaterale, quantunque sottoscritta da molte persone.*

180. *Se uno de' sottoscrittori sia nella classe delle persone eccettuate dalla disposizione, e l'altro no, la promessa è valida riguardo a quest'ultimo, e non riguardo al primo, abbenchè vi sia solidarietà.*

181. *Ed è valida per tutto o in parte soltanto, secondo che vi sia oppur no solidalità.*

182. *Quando è richiesta l'approvazione, non dev' essere posta in questi termini: approvo la qui sopraddezza scrittura; ma esprimere per esteso la somma o la quantità della cosa promessa.*

183. *La legge nulladimeno non prescrive di porre per esteso la somma nel corpo dell'atto, anche nel caso in cui la formalità del bono o approvato non venga richiesta e non siasi osservata.*

184. *E per giudicare se fosse oppur no richiesta, è d'uopo attenersi alla qualità che avea il sottoscrittore al tempo in cui sottoscrisse.*

185. *La nullità dell'atto per inosservanza dell'art. 1326 neanche si sana col decorso di dieci anni dacchè l'atto fu sottoscritto.*

186. *Tre quistioni proposte circa a questi atti, allorchè non sieno fatti in conformità del vpto dell'art. 1326.*

187. *La prima: quella se il giuramento possa essere deferito al convenuto, risolta affermativamente.*

188. *La seconda: se l'attore possa fare interrogare il convenuto sopra fatti e loro circostanze, risolta nel medesimo modo.*

189. *La terza: quella se l'atto possa servire di principio di pruova per iscritto, discussione e decisioni pro e contra.*

190. *Risoluzione della quistione per l'affermativa, e conseguenza.*

191. *Conseguenza puranche circa al giuramento di officio, o suppletorio.*

192. *Disposizione dell'art. 1327 c. c.*

193. *Continuazione.*

194. *I biglietti generalmente non fanno fede allorchè sono in possesso di colui che gli ha sottoscritti; abbenchè non fossero nè cassati, nè rivestiti delle parole per quietanza.*

195. *I registri de'negozianti non fanno fede contro le persone non negozianti.*

196. *Ma possono sotto determinate condizioni autorizzare il giudice a deferire il giuramento al negoziante.*

197. *Libri de' negozianti, secondo il Codice di commercio.*

198. *Disposizioni concernenti l'effetto di questi libri tra commercianti.*

199. *Continuazione.*

200. *Continuazione.*

201. *Continuazione.*

202. *Opinione di Molinco e di Pothier, la quale oggidì non sarebbe seguita letteralmente.*

112 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

203. *Da qual momento è mai formato il patto nelle compre e vendite che si fanno per corrispondenza?*

204. *I registri e carte domestiche non formano un titolo per colui che gli ha scritti, e fanno fede contra di lui in due casi, ancorchè le annotazioni non sieno sottoscritte o datate.*

205. *Osservazione sul primo caso, quello in cui l'annotazione enuncia formalmente un pagamento ricevuto.*

206. *Opinione di Boiceau ed opinione contraria di Pothier sul secondo caso, quello in cui l'annotazione siasi fatta da un debitore per tener le veci di titolo al suo creditore.*

207. *Quando l'annotazione in tal caso si trova cassata, non ha più effetto.*

208. *Non è lo stesso nel primo.*

209. *Abbenchè il Codice dichiara, a differenza del Codice di commercio, che le annotazioni apposte sui registri di un particolare fan fede contra di lui in taluni casi, non contiene nulladimeno alcuna disposizione precisa la quale autorizza una parte a dimandare la presentazione de' registri dell'altra.*

210. *Dritto romano a tal riguardo.*

211. *Disposizione del Codice di commercio, e risoluzione della quistione.*

212. *Testo dell'art. 1332 c. c. riguardante le annotazioni apposte nella fine, nel dorso o nel margine di un titolo o di una quietanza.*

213. *La prima parte di questo articolo non prevede che un sol caso, e nondimeno possonsene presentare due altri: risoluzione del primo.*

214. *Risoluzione del secondo.*

215. *La disposizione dell'articolo non potrebbe applicarsi che con una distinzione alle parole per quietanza che si ha costume di porre ai biglietti ed altri effetti anche prima di riceverne il valore.*

216. *Quid allorchè l'annotazione apposta sul titolo siasi renduta tale da non potersi leggere.*

217. *Quid puranche, se il debitore allega che il creditore mediante una soppressione ha fatto disparire un'annotazione che si trovava in piedi del titolo, e che tendeva a dimostrare la liberazione.*

218. *La condizione richiesta dalla seconda parte dell'articolo, che il duplicato sia rimasto appresso del debitore, perchè abbia effetto l'annotazione appostavi dal creditore, e tendente a dimostrare la sua liberazione, non è tuttavia necessaria.*

219. Queste annotazioni apposte dal creditore fan fede, abbenchè non sieno nè sottoscritte, nè datate.

220. L'annotazione apposta sul duplicato del debitore, o sopra una quietanza, abbenchè dal creditore, cessa di far fede se sia cassata.

221. Secus di quella messa sul duplicato del creditore.

222. In quai casi le annotazioni apposte in piede di un titolo fan fede, quantunque tendano a dimostrare l'obbligazione.

223. Che intendasi per quietanza.

224. Effetto della quietanza che esprime la somma pagata, senza esprimere la causa del debito.

225. Effetto di quella che esprime la causa del debito, senza esprimere la somma pagata.

226. Continuazione pel caso in cui questa quietanza sia per fitti o annualità arretrate.

227. E pel caso in cui il debito sia pagabile in molte dande.

228. Effetto della quietanza che non esprime nè la causa del debito, nè la somma pagata, allorchè vi sieno molti debiti.

229. E quid in simile ipotesi del caso in cui questa quietanza non fosse datata.

230. E di quello in cui un biglietto non fosse stato restituito al debitore che ha ricevuto una quietanza generale.

231. Effetto della quietanza che esprime al tempo stesso la somma pagata e la causa del debito.

232. La quietanza del capitale data senza riserva degl'interessi ne fa presumere il pagamento.

109. Per atto sotto firma privata, s'intende ogni scrittura privata producente obbligazione o liberazione, e ve ne sono di molte specie :

1.º La scrittura privata propriamente detta ,

2.º I libri de' mercatanti ,

3.º I registri e carte domestiche delle persone non mercanti ,

4.º L'annotazione scritta nella fine, nel margine o nel dorso di un titolo o di una quietanza ,

5.º E le quietanze.

La corrispondenza delle parti non vien mentovata in questo paragrafo del Codice, ma non cade dubbio che possa puranche stabilire obbligazioni, e soprattutto liberazioni; per cui l'art. 109 c. com. = 108 *ll. eccl. com.* dice che le compre e vendite si comprovano colla *corrispondenza* delle parti.

Noi parleremo primieramente della scrittura privata in generale, e de' suoi effetti rispetto alle parti, loro eredi ed aventi causa;

Quindi dell'epoca in cui queste scritture hanno una data riguardo ai terzi;

Tratteremo in prosieguo particolarmente dell'atto contenente convenzioni sinallagmatiche;

Dell'atto contenente obbligazioni o promesse unilaterali;

Infine successivamente delle altre scritture private.

ART. I.

Della scrittura privata in generale, e de' suoi effetti tra le parti e loro eredi ed aventi causa.

110. La scrittura privata, come lo indica la denominazione, è quella formata tra le parti, senza il ministero di un ufiziale pubblico; salvo che, giusta l'art. 1318 c. c. = 1272 *ll. cc.*, l'atto ricevuto da un ufiziale pubblico incompetente o incapace, o nullo per difetto di forma, *vale come privata scrittura*, quando sia stato sottoscritto dalle parti.

111. Secondo l'art. 1522 c. c. = 1276 ll. cc., la scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta e fra loro eredi, e quei che hanno causa da loro.

Ma perchè ne abbia la forza e l'effetto, è d'uopo che la convenzione in essa contenuta possa valere senza l'adempimento delle formalità prescritte per gli atti autentici.

112. La scrittura privata del pari che l'atto autentico fa ugualmente fede contra i terzi, non ad effetto di obbligarli, giacchè le convenzioni non obbligano che le parti e gli eredi (art. 1165 c. c. = 1118 ll. cc.), ma nel senso che prova, dal giorno in cui acquistò data certa, il fatto medesimo della convenzione; prova puranche *rem ipsam*, come l'atto autentico; può anche al pari di esso servire di base alla prescrizione di dieci e venti anni, come sostiene Pothier, il quale all'oggetto cita una decisione del 29 dicembre 1716, riferita nel *Giornale delle Udienze*, che giudicò in questo senso. Altronde l'art. 1519 c. c. = 1273 ll. cc. dice pure che *l'atto autentico fa piena fede tra le parti e loro eredi, e coloro che hanno causa da esse*, e non se ne conchiude da ciò *e contrario*, che nulla provi contro i terzi, che non provi contro di essi il fatto medesimo della convenzione. Avvi soltanto questa differenza, che l'atto autentico fa fede per sè stesso della sua data, mentre che l'atto in iscrit-

tura privata non ha data certa riguardo ai terzi che in uno de' modi espressi nell'art. 1528 c. c. = 1282 *ll. cc.*: quindi colui che l'invocasse come giusto titolo per la prescrizione di dieci e venti anni, non potrebbe farne risalire l'effetto al di là dell'epoca in cui questo atto avesse acquistato data certa rispetto ai terzi, abbenchè il suo possesso personale fosse anteriore; salvo a lui, se vi fosse luogo, di unire a tal possesso quello del suo autore; art. 2235 c. c. = 2141 *ll. cc.* (1).

115. Ai termini dell'editto del 1684, il possessore di una scrittura privata non poteva ottenere condanna se preliminarmente non avesse prodotta dimanda per riconoscere il carattere; ma secondo una dichiarazione del 15 maggio 1703 (2), per gli effetti di commercio non era necessario di citare preliminarmente per ricognizione del carattere: poteva-
si *de plano* conchiudere per la condanna, e sulla dimanda di pagamento, il tribunale faceva dritto alle conclusioni dell'attore, abbenchè il convenu-

(1) Potrebbe unirlo al suo per la prescrizione di dieci a venti anni sol quando lo stesso suo autore poteva acquistare con questa prescrizione, per conseguenza quando aveva un giusto titolo, valido puranche sotto il rapporto della forma, ed era egli in buona fede; art. 2265, 2266, 2267 e 2268 c. c. = 2171, 2172, 2173 e 2174 *ll. cc.* insieme combinati.

(2) Questa dichiarazione diceva che « i possessori di promesse, biglietti o altri atti di commercio, potrebbero ottenere condanna sopra semplici citazioni nel modo ordinario, senza che fosse necessario procedere preliminarmente pel riconoscimento; eccetto se il convenuto negasse la verità de' detti atti ». In tal caso si procedeva alla verificazione, ma innanzi i tribunali civili, come si pratica presentemente; art. 427 c. p. = 633 *ll. ecc. com.*

to si rendesse contumace, salvo a costui il produrre opposizione alla sentenza. Tal'è puranche il dritto attuale.

114. Ed anche riguardo alle scritture private, che non hanno per causa il commercio, puossi oggidì, secondo l'opinione di molti autori (1), produrre dimanda di pagamento del biglietto o altro atto privato, senza aver preliminarmente formata dimanda per riconoscere il carattere; conviene soltanto osservare il preliminare sperimento di conciliazione, ammenochè non si fosse in uno de' casi eccettuati dalla legge. In vece che quando la dimanda è semplicemente per riconoscere il carattere, non si ha obbligo di adempiere le formalità del preliminare sperimento di conciliazione, attesoche la legge fa eccezione per queste specie di dimande; art. 48 e 49 c. pr. insieme combinati.

Presso alcuni tribunali sussiste ancor l'uso di formare al tempo medesimo collo stesso atto, dimanda per riconoscere il carattere o la sottoscrizione, e dimanda per pagamento, osservando tuttavia i termini delle citazioni ed il preliminare sperimento di conciliazione, se non si venga dispensato; mentrechè per le semplici dimande per far riconoscere il carattere, puossi citare fra tre giorni, anche senza permissione del giudice; art. 193 c. pr. = 287 *ll. pr. civ.*

(1) Specialmente Carrè nella sua *Analisi ragionata della procedura civile*, sull'art. 193 = 287 *ll. pr. civ.*; contra l'opinione di Boucher, *Trattato della procedura innanzi ai tribunali di commercio*, p. 120.

Ma si ritiene non pertanto che non è più neccssario, in materia civile non meno che in materia commerciale, di conchiudere dapprima per riconoscimento del carattere o della sottoscrizione; che basta di domandare il pagamento, salvo al convenuto l'opporre per eccezione che egli non riconosce il carattere o la sottoscrizione a lui attribuita, o che non conosce quella del suo autore, nel qual caso il tribunale ne ordina la verificaione. Vien detto a tal riguardo che la dichiarazione del 1684, la quale richiedeva una preliminare dimanda per riconoscimento di carattere, si trova derogata dalla legge del 30 ventoso anno XII, sulla riunione in un Codice di tutte le leggi che compongono il Codice civile. Noi dapprima ne dubitammo nel nostro *Trattato de' contratti*, ec. tomo IV n.º 1252, comunque ammettevamo del resto che il creditore poteva formare l'una e l'altra dimanda col medesimo atto e col peso di osservare il preliminare sperimento di conciliazione, se non era in qualche caso di eccezione, e col peso puranche di osservare i termini delle citazioni; ma oggidì crediamo effettivamente che la sola dimanda per pagamento sia in valido modo formata, salvo al convenuto, giusta quando si è detto, di opporre una eccezione che espressamente dichiara di non riconoscere il carattere o la sottoscrizione a lui attribuita, o che non conosce quella attribuita al suo autore. Il suo silenzio vale per approvazione. Questa forma di procedere non compromette in nulla i suoi dritti. Così giudicò la

Corte di cassazione con due arresti: uno del 24 giugno 1806 (*Sirey*, 14, 1, 29); l'altro del 7 gennaio 1814, riferito nel Repertorio di Favard de Langlade, art. *Scrittura privata*, sez. 1, § 1 (1).

115. Colui contro il quale si oppone una scrittura privata, è tenuto di riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione.

I suoi eredi, o quelli che han causa da lui, possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore; art. 1323 c. c. = 1277 *ll. cc.*

Quando la parte neghi il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi, o quei che hanno causa da lei, dichiarino di non conoscerla, se ne ordina la verificaazione giudiziale; art. 1324 c. c. = 1278 *ll. cc.*

116. Qui si parla del carattere o della sottoscrizione, perchè vi sono de' casi in cui il solo carattere ha effetto: tali sono i registri e le carte domestiche, e le annotazioni apposte nel dorso, nella fine o nel margine di un titolo o di una quietanza; ed alcune volte non avvi che la sottoscrizione di quello contra cui l'atto viene opposto, essendo di altrui mano il carattere del corpo dell'atto. L'art. 1326 c. c. = 1280 *ll. cc.* lo suppone anche riguardo ai biglietti o promesse unilaterali.

Ma quando in queste specie di atti, il *buono* o

(1) Articolo composto da me.

L' *approvato* di mano del debitore fu necessario , perchè l'atto non venne scritto per intero di sua mano , e perchè inoltre il debitore non era della classe delle persone per le quali è fatta eccezione , il riconoscimento o il non riconoscimento deve cadere puranche espressamente sul carattere che esprime questo *buono* o questo *approvato*.

117. Il possessore di una scrittura privata può citare per far riconoscere il carattere o la sottoscrizione , anche prima della scadenza del debito ; ed all' oggetto l' art. 193 c. pr. = 287 ll. pr. civ. , come si è detto , gli dà il dritto di citare a comparire fra tre giorni , senza permissione del giudice , per ottenere un atto della sua ricognizione o per far dichiarare che la scrittura deve aversi per riconosciuta. Ma questo articolo soggiunge che se il convenuto non nega la sottoscrizione , tutte le spese riguardanti il riconoscimento o la verificaione , anche quelle del registro del titolo , sono a peso dell' attore.

118. Questa disposizione , per ciò che concerne le spese di registro , fu tuttavia modificata dalla legge del 3 settembre 1807 , così conceputa :

« Art. 1.^o Allorchè sarà stato profferito una sentenza sopra una dimanda per riconoscimento di
 « obbligazione in scrittura privata , formata prima della scadenza o della esigibilità della detta
 « obbligazione , non potrà prendersi alcuna iscrizione ipotecaria in virtù di tale sentenza , se non in
 « mancanza di pagamento dell' obbligazione dopo

« la sua scadenza o della sua esigibilità, eccetto
« stipulazione in contrario.

« 2.^o Le spese riguardanti questa sentenza non
« potranno ripetersi contra il debitore se non nel
« caso in cui avrà negato la sua sottoscrizione.

« Le spese di registro saranno a peso del debi-
« tore, tanto nel caso di cui si è parlato, quan-
« to allorchè avrà ricusato di liberarsi dopo la sca-
« denza o l'esigibilità del debito ».

In tal modo questa legge, quando la dimanda per far riconoscere il carattere sia formata prima della scadenza o della esigibilità del debito, pone le spese a carico del debitore; non solo nel caso in cui questi ha negato la sua sottoscrizione, ma ancora nel caso in cui non avendola negata, ricusi di liberarsi dopo la scadenza o l'esigibilità del debito; mentrechè, secondo il Codice di procedura, queste spese, come quelle di verificaione, non erano a suo carico se non quando aveva negato il suo carattere o la sua sottoscrizione.

119. Dacchè questo art. 195 pone a peso dell'attore le spese riguardanti il riconoscimento e la verificaione, non che quelle del registro del documento nel caso in cui il convenuto non nega la sua sottoscrizione, non bisogna conchiudere, e *contrario*, che il convenuto debba sopportarle in tutti i casi in cui vi fu una verificaione, e sia stata questa favorevole all'attore. È d'uopo al contrario distinguere se siasi fatta per un titolo attribuito al convenuto medesimo, o per un titolo attribuito al suo auto-

re , ed in quest' ultima ipotesi , se siasi fatta sopra una dimanda di riconoscimento di carattere formata prima della scadenza , oppure sopra una dimanda di pagamento prodotta allà scadenza o quando il debito divenne esigibile.

Allorchè si tratta di un titolo attribuito al convenuto medesimo , il quale senza ragione nega il suo carattere o la sua sottoscrizione , le spese sono a suo carico , ancorchè la dimanda sia stata semplicemente per far riconoscere il carattere , e siasi prodotta prima della scadenza o esigibilità del debito. La sua mala fede glielo fa sopportare anche in tal caso , ed inoltre, giusta l'art. 213 c. pr. = 307 *ll. pr. civ.*, dev' essere condannato a 150 fr. di multa verso il tesoro , oltre i danni ed interessi della parte , e *potrà* puranche essere condannato con arresto personale per la somma principale.

In vece che quando si tratta di un titolo attribuito non al convenuto medesimo , ma al suo autore , se il convenuto sia stato semplicemente citato per riconoscere il carattere prima della scadenza , ed abbia usato della facoltà che accordavagli l'art. 1525 c. c. = 1277 *ll. cc.* di dichiarare che non conosceva il carattere o la sottoscrizione del suo autore , le spese della verificaione che ha avuto luogo non sono a suo peso , del pari che nol sono quelle del registro del titolo , ammenochè per queste ultime non abbia in prosieguo negato di liberarsi alla scadenza del debito , uniformemente alla legge del 5 settembre innanzi citata. In fatti l'art. 195 c. pr. = 287

Il. pr. civ. suppone che siasi fatta una *verificazione* in un caso in cui il convenuto non ha negato la sua firma, e mette le spese di questa verificazione, non che quelle del registro del titolo a peso dell'attore: or perchè abbia potuto esservi luogo ad una verificazione nel caso in cui *la firma non sia stata negata*, è d'uopo necessariamente supporre che il titolo era dell'autore del convenuto, il quale si è limitato a dichiarare che non conosceva il carattere o la sottoscrizione del suo autore. L'articolo non dice in fatti, le spese della *dimanda* per riconoscimento o per verificazione saranno a peso dell'attore nel caso in cui il convenuto non nega la sottoscrizione, ciocchè avrebbe potuto far credere di esservi stata una *dimanda* per verificazione, ma che nulladimeno non eravene stata alcuna; esso dice: le spese relative al riconoscimento *o alla verificazione*. Potè esservi dunque una verificazione, abbenchè *la firma non sia stata negata*; ed effettivamente non lo è stato, se il convenuto siasi limitato a dichiarare che non conosceva quella del suo autore. Or in questo caso medesimo l'articolo mette le spese a carico dell'attore, quantunque la verificazione siagli stata favorevole; e ciò è giusto, poichè sol per suo particolare vantaggio ci citò per far riconoscere il carattere prima della scadenza, a fin di avere un titolo autentico, e poichè il convenuto potè essere in buona fede: per cui il precitato art. 215 non puossegli applicare.

Ma allorchè si tratta di una *dimanda* di paga-

nimento prodotta prima della scadenza o dell'esigibilità del debito, non devesi far più distinzione, circa alle spese, tra il caso in cui il titolo sia attribuito all'autore del convenuto, o al convenuto medesimo. Se in questa ipotesi il convenuto dichiara di non conoscere il carattere o la firma del suo autore, e la verificaione dimostri che sia nulladimeno di lui, dev'essere condannato alle spese di tal verificaione, nonchè alle altre spese della causa, e sopporta similmente quelle del registro del titolo. La ragione n'è semplice: non essendo il creditore pagato alla scadenza, dovè produrre la sua dimanda, e la verificaione in tal caso è stato un semplice *incidente* come qualunque altro; or non avvi alcun motivo per derogare alla regola generale che colui il quale succumbe devè sopportare le spese. Il convenuto avea al certo il dritto di limitarsi a dichiarare che non conosceva la sottoscrizione del suo autore, ma opponendo siffatta eccezione, lo faveva a suo rischio e pericolo: avendo l'evento comprovato che l'attore avea ragione, ed essendo questi obbligato di produrre allora la sua dimanda poichè non era pagato, il convenuto deve tutte le spese, come succumbente. L'art. 195 c. pr. = 287 ll. pr. civ. e la legge del 5 settembre 1807 non han cosa alcuna di contrario a siffatta risoluzione, giacchè parlano di semplici dimande per riconoscimento di carattere prodotto prima della scadenza del debito, mentrechè ora noi ragioniamo nella ipotesi di una dimanda di pagamento formata alla scadenza.

120. Se il reo chiamato per riconoscere il carattere non comparisce, lo scritto si avrà per riconosciuto (art. 194 c. pr. = 288 *ll. pr. civ.*); salvo al convenuto di produrre opposizione.

Se riconosce la scrittura, la sentenza dà atto di riconoscimento all'attore; *ibid.*

121. Se il reo impugna la firma attribuitagli, o dichiara di non riconoscere quella attribuita ad un terzo, potrà ordinarsene la verificazione tanto per mezzo di documenti, quanto per mezzo di periti e testimonj; art. 195 c. pr. = 289 *ll. pr. civ.*

La verificazione può farsi con testimonj, ancorchè si tratti di una somma maggiore di 150 fr.; l'articolo non distingue circa alla somma, ed ammette evidentemente i tre mezzi di verificazione isolatamente come per concorso. È questo un semplice fatto da stabilirsi, e pel quale non dipese dall'attore di avere una pruova scritta.

122. Se colui al quale viene attribuito il titolo l'abbia riconosciuto in un atto autentico, o anche in una scrittura privata da lui non impugnata, questo titolo fa ormai fede contra di lui come un atto autentico; art. 1322 c. c. = 1276 *ll. cc.*

E quegli che, convenuto per pagamento a ragion dell'atto, avesse dimandato ai giudici qualche dilazione, avrebbe con tal fatto stesso riconosciuto l'esistenza dell'obbligazione.

123. Ma poichè l'esecuzione di un atto autentico vien sospeso dalla querela di falsità seguita dalla sottoposizione ad accusa, e può esserlo colla iscri-

zione in falso incidente se il tribunale lo stima convenevole (art. 1319 c. c. = 1273 ll. cc.); ugualmente la fede dovuta alla scrittura privata riconosciuta è sospesa dalla querela di falso (che può ancora produrre la parte), se venga pronunciata la sottoposizione ad accusa ; e l' esecuzione dell' atto può ancora essere sospesa colla iscrizione di falso incidente se il tribunale stima convenevole di pronunciare la sospensione.

Neanche avvi bisogno per l' oggetto d' iscriversi in falso contra l'atto autentico o la scrittura privata in cui siasi riconosciuta quella di cui si tratta ; nè pure vi sarebbe luogo a farlo , poichè supponghiamo che questo atto sia vero. « Sonosi veduti, diceva Pigeau , frequenti esempj di falsarj « abili così da imitare il carattere e la sottoscrizione di qualcuno , a segno tale che coloro cui « venivano attribuiti ne sono stati ingannati , ed « han creduto di esser loro proprie sottoscrizioni « che non avevano mai fatto. Puossi dunque, malgrado il riconoscimento , iscriversi in falso contra quest'atto che malamente si è riconosciuto ».

124. Puossi similmente , giusta l' art. 214 c. pr. = 309 ll. pr. civ., iscriversi in falso incidente civile contra una scrittura privata , quando anche questa scrittura sia stato verificata in giudizio di essere della parte (o del suo autore), per un oggetto diverso da quello di una procedura di falso principale o incidente , e che in conseguenza siasi pronunciata una sentenza sull'appoggio del predetto documento considerato come vero.

Quindi la sentenza profferita sopra una semplice verificaione di scrittura non osta all' iscrizione in falso , anche incidente ; abbenchè siasi pronunziata sull' appoggio che il documento *era vero* , ciocchè suppone nondimeno che era di colui al quale veniva attribuito. L' autorità della cosa giudicata fa legge circa alla verificaione , ma non circa all' iscrizione in falso. Questa procedura è diversa (1) : nella prima quegli contro di cui fu prodotto il documento si è limitato a negare il carattere o la sottoscrizione che gli si attribuiva , o a dichiarare di non conoscere quella del suo autore , e la verificaione, ordinariamente fatta da periti calligrafi , la cui arte è molto incerta , non sembrò bastante per imprimere al documento una caratteristica d'irrefragabile veracità. In vece che nella iscrizione in falso , l'attore nella istanza di falsità non dovrà limitarsi a negare il documento o a dichiarare di non riconoscere il carattere o la sottoscrizione del suo autore, ma dovrà fare cosa ben differente : spetterà a lui il provare che il documento sia falso; istituirà egli stesso un giudizio contra ; dovrà dedurre e provare i suoi mezzi di falsità. Quindi le procedure sono differenti.

Ma allorchè l'atto sia stato dichiarato vero die-

(1) Vedremo nondimeno in appresso, trattando dell'autorità della cosa giudicata, che la diversità delle azioni non impedisce che la cosa giudicata abbia tutta la sua forza quando la causa della nuova azione sia simile a quella dell'antica. Ma qui avvi una ragione particolare , che noi assegniamo nel testo.

tro una iscrizione in falso incidente, non più puossi impugnarne la veracità colla medesima via; giacchè nulla debba far credere che si giudicherebbe meglio la seconda volta che la prima. L'autorità della cosa giudicata esercita allora tutta la sua forza.

125. Ma, come più sopra il dicemmo, n.º 90, riguardo all'atto autentico, avvi ancora luogo a querela di falso principale, in conformità dell'art. 250 innanzi citato, se l'autore o i complici della falsità siano ancora viventi, e se altronde l'azione criminale non sia estinta colla prescrizione; art. 259 c. pr. = 334 *ll. pr. civ.*

La pruova della falsità può ottenersi più facilmente nella linea criminale che nella civile, e se l'accusato sia dichiarato colpevole di aver formato l'atto o di averlo alterato, la parte può conchiudere come parte civile per la lacerazione o riforma del documento, non ostante la sentenza profferita sull'iscrizione di falso incidente civile che ha dichiarata vera la scrittura. Questa sentenza non è di ostacolo ai giudici criminali, e tostochè avvi ancora azione criminale, avvi azione civile pei danni ed interessi (art. 1 c. istr. crim. = 2 e 3 *ll. pr. pen.*): or l'annullamento o la riforma del documento va di necessità compresa in questi danni ed interessi.

126. In senso inverso, dacchè nel caso di una querela di falsità seguita dalla sottoposizione ad accusa, l'accusato fosse assoluto sulla dichiarazione del giurì *di non essere colpevole*, non bisogna ne-

cessariamente conchiuderne che l'obbligazione sussiste, ed in conseguenza che i tribunali civili, ai quali fosse di poi dimandata l'esecuzione di questo medesimo atto, non potrebbero dispensarsi dall'ordinarla. La decisione in via criminale che dichiara l'accusato non colpevole deve liberarlo anche dall'accusa civile pei danni ed interessi; ma essa non fa necessariamente, in materia di atti arguiti di falso, che questi atti debbano tenersi per veri dai tribunali civili, che sieno fondati sopra una giusta causa, che non sieno il risultato di fraudolenti rigiri. I tribunali criminali giudicano soltanto la quistione, se l'accusato *sia colpevole*; i tribunali civili giuridicheranno *la realtà delle obbligazioni*: la cosa dunque non è identicamente la stessa. Del rimanente è questo un punto del quale torneremo a discutere quando si parlerà dell'*autorità della cosa giudicata*, trattando delle presunzioni.

127. Il Codice civile non prescrive in generale alcuna particolare formalità per le scritture private, salvo ciocchè viene stabilito dagli art. 1325 e 1326 c. c. = 1279 e 1280 ll. cc., di cui fra poco parleremo. Non richiede che esse contengano la menzione del luogo in cui sono state formate, e neppure che siano datate, abbenchè la data avrebbe potuto sembrare una formalità utilissima, affinchè in caso di lite si potesse sapere se l'atto fu sottoscritto in tempo di capacità o in tempo d'incapacità; per cui vien generalmente osservata.

Ma non è essa prescritta dal Codice, eccetto pei testamenti olografi, e dal Codice di commercio, per le lettere di cambio, biglietti ad ordine, girate di queste due specie di effetti, polizze di assicurazione, e taluni altri atti; in guisa che la legge sul notariato non è applicabile alle scritture private. Molte decisioni citate da Denizart, alle parole *biglietti* e *date*, giudicarono che la data e la menzione del luogo non sono necessarie in queste specie di atti.

Se il debitore pretende di essersi obbligato in tempo d'incapacità, dovrà provare ciocchè deduce; ma le circostanze della causa, che possono variare all'infinito, serviranno generalmente di guida ai tribunali per decidere la quistione.

128. Un'osservazione comune alle diverse specie di scrittura privata, è che possono stendersi non solo dalle parti o da terze persone, ma ancora dai notari o altri pubblici uffiziali. Le dichiarazioni dei 19 marzo 1696 e 14 luglio 1699, le quali vietavano ai notari, cancellieri, procuratori, uscieri, sergenti o altri, di scrivere o sottoscrivere come testimoni alcuna scrittura privata, sotto pena d'interdizione, di nullità delle dette scritture e di 200 lire di ammenda, sono implicitamente derogate dalle leggi del 19 settembre 1790, 22 glaciaie anno VII e 25 ventoso anno XI, come risulta da un arresto della Corte di cassazione, sezione civile, in data del 30 novembre 1807 (1). Tale arresto rigettò il ricorso

(1) *Sirey*, tomo VIII, par. 1, pag. 85; *Denevers*, tomo V, pag. 172.

prodotto dalla Regia contro una sentenza del tribunale di Saint Omer, il quale aveva giudicato la quistione in tal senso.

Un parere del Consiglio di Stato del 26 marzo 1808, approvato nel 1.^o aprile seguente, decide in simil modo, e si applica non solo ai notari, ma anche ai patrocinatori, cancellieri, uscieri ed altri pratici e legali, i quali possono ora stendere, scrivere di loro mano e sottoscrivere come testimoni le scritture private. Simile risoluzione è del tutto ragionevole: colui che firma queste scritture come parte si appropria per la ragion medesima lo scritto e tuttociò che esso contiene o esprime.

ART. II.

Da qual' epoca le scritture private hanno data rispetto alle terze persone.

129. La facilità colla quale potrebbesi apporre un' antidata alle scritture private, per frodare i dritti acquistati da terze persone, fece stabilire per massima che queste scritture non hanno data certa riguardo alle terze persone se non dal giorno soltanto in cui sono state registrate, dal giorno della morte di colui o di uno di coloro che le hanno sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata in atti stesi da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposi-

★

132 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
zione di sigilli o d' inventario ; art. 1328 c. c. =
1282 ll. cc.

150. Ma, come lo dicemmo più innanzi, le scritture private che hanno acquistato data certa in uno di questi modi fan fede puranche riguardo alle terze persone del fatto stesso della convenzione ; essi provano *rem ipsam* come gli atti autentici , e per conseguenza possono servire di base alla prescrizione di dieci e venti anni a contare dal giorno in cui acquistarono data certa. Per la medesima ragione , siccome la vendita , la permuta ed altri atti a titolo oneroso possono farsi tanto con iscrizione privata che con atto autentico (art. 1582 e 1707. c. c. = 1427 e 1553 ll. cc.), chi ha comprato un immobile con iscrizione privata avente acquistato data certa in uno de' sopra enunciati modi , sarà prescritto ad un acquirente con atto autentico del medesimo immobile , al quale fosse stato venduto posteriormente dalla medesima persona.

151. Toullier scrisse nondimeno che la disposizione dell' art. 1328 c. c. = 1282 ll. cc. non è ristrettiva, ma soltanto spiegativa delle circostanze che più comunemente danno una certezza alla data delle scritture private ; che quindi tutte le volte che potrà acquistarsi siffatta certezza colla tale o tal altra circostanza , l'atto farà fede contra i terzi dell' esistenza della convenzione : proverà *rem ipsam*.

Simile opinione non debbe ammettersi : dovrebbe temersi che uscito che siasi dai termini dell' articolo , si battesse la via dell' arbitrio , e si preten-

desse scorgere l'impossibilità dell'antidata nella tale o tal altra circostanza in cui vi fosse soltanto inverisimiglianza che l'atto abbia potuto esser fatto dopo siffatta circostanza.

Devesi altronde prender egli tanta premura per la sorte delle scritture private quando si tratti dell'interesse de' terzi, se si rifletta che coloro i quali non le fanno registrare hanno spessissimo in vista di privare il fisco de' dritti che gli son dovuti, e che espongono specialmente questi medesimi terzi a contrattare con un individuo il quale non deve più aver dritto di disporre di ciocchè lor vende, perchè già ne dispose a vantaggio di altra persona? No, questi atti sono poco degni di favore allorchè vengono opposti ai terzi: colui che li produce deve imputare a sè stesso la colpa di non aver ad essi assicurato una data che potesse attestare la loro esistenza alla tale epoca, poichè la legge gliene offriva i mezzi. Se questa severità può in taluni casi compromettere gl'interessi di persone in buona fede, devesi rispondere con Jaubert, nella sua relazione al Tribunato sul progetto di legge: « che tale inconveniente è minore di quello che risulterebbe dal sistema contrario; che il legislatore camminava tra due scopi; che il timore degli eccessi nei quali il proprio interesse trascina talune persone aveva dovuto determinarlo; che i contraenti saranno avvertiti che dipende da essi di prendere le loro precauzioni. . . . » Quindi l'articolo fu concepito in un senso ristrettivo: soltanto i processi verbali di

134 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

apposizione di sigilli o d'inventario non sono arrecati che come esempio di atti pubblici nei quali l'inserzione della sostanza della scrittura privata le assicura una data: « *come i processi verbali di apposizione di sigilli o d'inventario* », dice l'articolo.

La Corte di cassazione, con suo arresto del 27 maggio 1823 (1), confermò siffatta interpretazione, cassando una decisione della Corte di Grenoble che non l'aveva seguita: « Veduto l'art. 1528 c. c. = « 1282 II. cc., considerando che questo articolo non « ammette la certezza della data delle scritture « private che vengono opposte ai terzi, *se non nelle tre precise circostanze da esso determinate*, « e che nessuna di tali circostanze si rinviene nella « specie attuale; donde segue che giudicando ciò « malgrado, che il contratto di vendita di cui si « tratta aveva acquistato data certa in danno degli « attori, la Corte reale di Grenoble ha violato le « disposizioni del suddetto articolo, cassa, ec. »

Nella specie nulladimeno eravi una circostanza assai grave: colui che produceva la scrittura privata offriva di provare che il terzo al quale l'opponenza ne aveva conoscenza prima di contrattare colla persona da cui essa proveniva. Egli era un acquirente d'immobili con atto del 30 nevoso anno XII, registrato non prima de' 5 giugno 1812. Il venditore aveva nel 21 ottobre 1808 ipotecato al suo genero, per diverse somme che gli doveva, un

(1) *Sirey*, 1823, 1, 297.

fondo di cui faceva parte l'immobile venduto, ed il genero conosceva perfettamente l'atto di vendita di questo immobile, che possedevasi altronde da lungo tempo dall'acquirente, ciocchè dimostrava assai chiaramente di non essersi apposta antidata: per cui queste circostanze avevano determinato la Corte di Grenoble a considerare la scrittura privata come contenente una data certa *per riguardo al genero, creditore ipotecario*, nel tempo che costui aveva ricevuto l'ipoteca e presa l'iscrizione; ma si è veduto qual fu la sorte della sua decisione. In guisa che risulta dall'arresto della Corte di cassazione che neanche puossi provare contra un terzo la verità della data della scrittura privata che gli viene opposta, invocando circostanze diverse da quelle mentovate nell'art. 1528 c. c. = 1282 ll. cc., e che quindi non è vero il dire con Toullier, che *la disposizione di questo articolo non sia limitativa, ma soltanto dimostrativa.*

152. Con minore esitanza al certo noi rigettiamo l'opinione del medesimo autore, quando dice che l'acquirente di un immobile con iscrizione privata non avente acquistato data certa in uno de' modi espressi in questo articolo debb'essere preferito, circa alla quistione di proprietà, all'acquirente stesso con atto autentico, ma posteriore, del medesimo immobile. Egli ci fa sapere che era stato di opinione contraria, ma che ciò avvenne per non essersi ben penetrato del senso dell'art. 1528 c. c. = 1282 ll. cc., e di averlo combinato coll'art. 1522

136 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

c. c. = 1276 ll. cc. Crediamo che avrebbe fatto meglio di attenersi alla sua prima opinione: probabilmente si giudicherà così in vista delle ragioni sulle quali poggia la seconda.

Un acquirente, dice Toullier, è un *avente causa* del venditore; da lui egli ripete il suo titolo, la causa del suo possesso; egli è *habens causam*; non è una *terza persona*: in conseguenza l'art. 1528 c. c. = 1282 ll. cc. non riceve la sua applicazione a vantaggio di un acquirente, abbenchè con atto autentico. Questo acquirente non può dire ad un altro acquirente con iscrizione privata del medesimo oggetto avente una data anteriore a quella del proprio titolo, quantunque non divenuta certa in uno de' modi espressi in detto articolo, che non riconosce l'esistenza di tale atto; imperocchè secondo l'art. 1522 c. c. = 1276 ll. cc., la scrittura privata riconosciuta o avuta per riconosciuta ha tra le parti contraenti, loro eredi e *quelli che han causa da esse* la medesima fede dell'atto autentico: or l'acquirente con atto autentico posteriore alla scrittura privata che gli viene opposta, è *uno che ha causa* dal venditore; e poichè l'acquirente con iscrizione privata era divenuto proprietario col fatto solo del contratto di vendita, ancorchè la cosa non fosse stata consegnata nè pagato il prezzo (art. 1158, 1582 e 1583 c. c. = 1092, 1427 e 1428 ll. cc. insieme combinati), ne segue che il venditore il quale non aveva più dritto sulla cosa, non potè trasmetterne di poi ad un'altra persona, attesochè un

venditore non trasmette all' acquirente se non i dritti che aveva sulla cosa venduta; art. 2182 c. c. = 2076 ll. cc.

Tal'è la sostanza del ragionamento di Toullier, che non abbiamo al certo indebolito restringendolo, e che vien da lui applicato ai compratori, compermutanti, donatarj ed altri successori a titolo particolare alla cosa, abbenchè aventi un titolo autentico; attesochè, egli dice, la quistione di proprietà fra essi ed un primo acquirente con iscrizione privata debbe decidersi coll' art. 1522 e non coll' art. 1528, quantunque la detta scrittura non abbia acquistato data certa in uno de' modi espressi da quest'ultimo articolo, poichè tali compratori, compermutanti e donatarj sono *persone che han causa* dal venditore, donante, ec.

133. Questo autore dice puranche che un creditore istante non è per riguardo al sequestratario che un avente causa del debitor pegnorato, e per conseguenza che il sequestratario può opporgli i pagamenti fatti prima del sequestro, abbenchè non fossero comprovati da atti aventi acquistato data certa all'epoca in cui esso ebbe luogo. Ciò è indubitato; il sequestrante non esercita che i dritti del sequestrato sul sequestratario: donde segue che tutti i pagamenti che quest'ultimo poteva opporre al suo creditore al tempo del sequestro, possono ugualmente opporsi ad esso sequestrante. Dicendo che il sequestratario farà la sua dichiarazione nella cancelleria, e che *ne affermerà la ve-*

158 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

rità con giuramento, l'art. 571 c. pr. = 661 ll. pr. civ. fa altronde in chiaro modo comprendere che tutti i pagamenti eseguiti prima del sequestro potranno essere opposti al sequestrante, poichè se non gli si potessero opporre che quelli i quali sono comprovati da atti aventi acquistato data certa prima del sequestro, sarebbe superflua la conferma, che ha per iscopo d'impedire per quanto è possibile la collusione tra il sequestrato ed il sequestratario; giacchè fino a quando non esisteva il sequestro, non poteva esservi collusione tra essi in pregiudizio del detto sequestrante. I pagamenti fatti in pregiudizio del sequestro, per conseguenza di un sequestro già esistente, sono quelli i quali non hanno effetto rispetto al sequestrante; art. 1242 c. c. = 1195 ll. cc. Non è in uso di farsi rilasciare quietanze in atto autentico, nè di registrare quelle che si ricevono in iscritura privata, specialmente quando il debito sia per pigione, estagli o annualità arretrate di rendita, e sarebbe stato troppo intollerabile di essere obbligato a pagare di nuovo perchè il creditore si fosse esposto a sequestri presso terzi.

134. Ma se i compratori, i compermutanti, i donatarj e tutti gli altri che han succeduto alla tale o tal'altra cosa soltanto, sono *aventi causa* di colui che ad essi l'ha trasmessa, e non *terze persone*; e se inoltre i creditori istanti sono puranche *aventi causa* del debitor pignorato, lo che del resto non contrastiamo, nè riguardo agli uni nè riguardo agli altri, quali sono dunque le *terze per-*

Tit. III. *De' contratti o delle oblig. conv.* 159
sone di cui vuole parlare l' art. 1528 c. c. =
1282 ll. cc., e riguardo alle quali le scritture pri-
vate non hanno data che da una delle epoche de-
terminate da questo medesimo articolo? giacchè fi-
nalmente conviene per necessità supporre che le
terze persone di cui intende parlare, ed alle quali
viene l'atto opposto come comprovante una deter-
minata convenzione, sono persone il cui dritto de-
riva dal sottoscrittore dell'atto o dal suo autore; di-
versamente essendo estranei a ciò che concernesse
questa persona, a tutti i suoi atti, non sarebbero
in caso di non riconoscerli, per la semplicissima ra-
gione che non verrebbero loro opposti.

E si noti che Tquillier riguarda come ben scelto
l'esempio addotto da Pothier, che un acquirente
in iscrizione privata senza data certa non può pre-
valersi del suo titolo contra un sequestrante del
preteso venditore; lo che è verissimo: in guisachè
risulta dal confronto dei differenti casi proposti da
quest'autore, che l'acquirente di un immobile con
iscrizione privata senza data certa, può prevalersi
del suo titolo contra un altro acquirente della me-
desima cosa con atto autentico, purchè la scrit-
tura privata sia anteriore (ciocchè forma precisa-
mente il dubbio, mentre è mai questa anteriore
all'atto autentico?), attesochè quest'ultimo acqui-
rente è un avente causa del venditore, e l'atto di
costui in iscrizione privata fa fede del suo conte-
nuto tra le parti, loro eredi e quelli che hanno
causa da esse. (art. 1522 c. c. = 1276 ll. cc.):

ma che questo acquirente con iscrizione privata non può prevalersi del suo titolo contra il creditore il quale sequestrò l'immobile prima che l'atto avesse acquistato una data certa, perchè egli è una *terza persona* riguardo a tale creditore. E nondimeno lo stesso Toullier dice che i creditori sequestranti sono gli *aventi causa* del sequestrato; che sono tali specialmente rispetto al sequestratario: in modo che fa variare le denominazioni secondo crede di dover applicare l'art. 1322, oppure l'art. 1328 di sopra citati.

135. Ma devonsi forse così intendere e combinare? Nol crediamo.

Primieramente facciamo osservare che avvi una specie d'inconsequenza nella base della dottrina dell'autore. Egli dice che il secondo compratore è un *avente causa* del venditore, e perciò che la scrittura privata fatta da quest'ultimo, e riconosciuta o tenuta per riconosciuta, fa fede contra il detto *avente causa*; e nondimeno che il venditore non aveva più dritto allorchè prestò il suo consenso per l'atto autentico, che era spogliato della proprietà della cosa venduta, poichè già l'aveva trasferita ad un'altra persona, abbenchè con un atto in iscrizione privata, potendo farsi la vendita, ed il trasferimento di proprietà che ne risulta, tanto con iscrizione privata che con atto autentico; ed appunto perchè non aveva egli più dritto, debbe essere preferito il compratore con iscrizione privata, circa alla quistione di proprietà, al compratore con

atto autentico. Ma se il venditore non aveva più dritto allorchè fece la seconda vendita, ciocchè è vero, come puossi mai dire che il secondo compratore sia suo *avente causa*? come mai essere l'avente causa di colui che non aveva più dritto? Lasciando da parte siffatta inconseguenza, vediamo ciocchè debbasi intendere per *avente causa* nel senso dell' art. 1522 c. c. = 1276 ll. cc.

Questa parola *avente causa* è una espressione generica, usata per indicare la qualità di una persona che sperimenta i dritti di un' altra persona riguardo ad una determinata cosa, ad una determinata pretensione, ad un determinato dritto: *quæ habet ejus causam*. In questo aspetto generale, un crede legittimo è un avente causa del defunto; coloro che vengono chiamati alle successioni irregolari, cioè il figlio naturale, il coniuge superstite e lo Stato, sono puranche aventi causa; i donatarj ed i legatarj universali o a titolo universale sono similmente aventi causa; giacchè gli uni e gli altri ripetono la *causa* del loro dritto o il loro titolo dal defunto, dal donante o testatore.

Ma siccome questi *successori* irregolari, questi donatarj o legatarj non sono eredi propriamente detti, si comprende perchè le parole *che han causa* aggiunte alla parola *eredi* nell' art. 1522 c. c. = 1276 ll. cc. non siano una ridondanza.

I compratori, i cessionarj, i permutanti, i donatarj e legatarj a titolo particolare, han pure causa dal venditore, dal cedente, dal permutante, do-

nante o testatore, poichè evidentemente ancora essi ripetono il loro titolo, la *causa* del loro possesso, il dritto in somma dalla persona che lo ha ad essi conferito.

Tutti questi successori, o alla persona, o alla tale cosa soltanto, sono effettivamente *aventi causa*, ed è lo stesso di tutti i creditori che, in conformità dell' art. 1166 c. c. = 1119 ll. cc., sperimentano i dritti e le azioni del loro debitore: essi han causa da lui, *causam ejus habentes*. Sperimentano a tal riguardo *la sua causa*; essi l'hanno, se non per proprio dritto, come un cessionario, almeno in virtù di un tacito mandato.

Convien dire altrettanto de' creditori che fan sequestrare tra le mani di un terzo ciocchè costui deve al loro debitore.

L' usufruttuario e l' usuario han causa puranche dal proprietario, per ciò che riguarda il dritto di usufrutto e di uso, poichè essi lo han ricevuto da lui, o dal suo autore.

Avviene lo stesso di colui che ricevè un dritto di servitù sul fondo del suo vicino; e di un creditore che ricevette una ipoteca sui beni del suo debitore.

136. Ma l'art. 1322 non intende evidentemente parlare che degli aventi causa soltanto i quali sono *personalmente* tenuti dell'esecuzione della scrittura privata per aver succeduto alla obbligazione della persona che la sottoscrisse, poichè in questo articolo si tratta dell'esecuzione di un' obbligazione.

Per essi in fatti la scrittura privata, riconosciuta o tenuta per riconosciuta, fa fede di ciò che contiene, indipendentemente dalla sua data; giacchè rappresentando la persona di colui che sottoscrisse, ciocchè è vero rispetto a lui è ugualmente vero rispetto ad essi, a qualunque epoca abbia luogo questa scrittura; salvo ad essi di opporre la prescrizione, se compete.

Una *terza persona* al contrario è quella ch'è estranea alla convenzione intervenuta tra due individui, e che non è tenuta, come erede o successore dell'uno o dell'altro de' medesimi a qualche altro titolo, delle obbligazioni di costui. Questa terza persona può ben essere l'*avente causa* di uno di essi, come un compratore o un donatario è avente causa del venditore o del donante riguardo alla cosa venduta o donata, ma è estraneo al contratto formato da questo venditore o donante con un'altra persona, abbenchè tale contratto avesse per oggetto la cosa venduta o donata: è soltanto obbligata a soffrire l'esercizio de' dritti ch'erano regolarmente imposti a vantaggio di altri individui sulla cosa al momento in cui la ricevette. Ma a tale oggetto è necessario che coloro i quali pretendono aver acquistato questi dritti li giustifichino con atti fatti a quell'epoca: or potendosi ad una scrittura privata facilmente apporre un'antedata, non prova per sè stessa la realtà della data che ha riguardo a coloro i quali non furono parti in questa scrittura, e che non rappresentano colui che

la sottoscrisse, come tenuti delle sue obbligazioni: per essi non si reputa sussistere la data che dal giorno soltanto in cui sia divenuta certa in uno dei modi espressi nell'art. 1528 c. c. = 1282 ll. cc. Imperocchè han ragione a dire che nulla prova che la scrittura sussisteva al tempo in cui essi acquistarono il loro dritto, potendo essersi fatta posteriormente. In vece che ciò non può dirsi da coloro che sono tenuti ad adempire le obbligazioni di colui che sottoscrisse la scrittura, poichè egli è morto, ed altronde a qualunque epoca le abbia contratte, ciò è indifferente, finchè sussiste ancora l'obbligazione.

157. Continuando Toullier il suo ragionamento, dice che l'acquirente con iscrittura privata di un dritto di usufrutto sopra un immobile, può produrre il suo titolo contra l'acquirente con atto autentico della piena ed intera proprietà di tale immobile, se la scrittura privata abbia una data anteriore a quella dell'atto autentico, abbenchè questa data non sia divenuta certa in uno de' modi indicati dall'art. 1528; attesochè questo titolo ha conferito all'usufruttuario un dritto nella cosa, *jus in re*. In vece che, egli dice, un fittaiuolo nel medesimo caso non potrebbe produrre il suo contratto di affitto contra l'acquirente, se questo contratto non avesse acquistato data certa anteriormente all'alienazione dell'immobile, attesochè non ha conferito al fittaiuolo che una semplice azione personale contra il locatore, *tantum jus ad rem*.

La contraddizione di regole è qui evidente. In fatti se l'acquirente con atto autentico sia un avente causa del venditore rispetto all'usufruttuario, e se a tal titolo deve soffrire l'esecuzione della scrittura privata, perchè questa scrittura porta una data anteriore a quella della sua, egli è ugualmente l'avente causa del venditore per rispetto ad un fittaiuolo, e come tale deve del pari soffrire l'esecuzione del contratto di affitto fatto dal venditore anteriormente alla vendita, abbenchè simile contratto non avesse allora acquistato data certa; giacchè la sua qualità di avente causa è una, e non può sussistere rispetto ad uno e non sussistere rispetto all'altro. La differenza nella natura del dritto dell'usufruttuario e del dritto del fittaiuolo è assolutamente senza effetto a tal riguardo. Se fosse erede del venditore, in vece di essere un semplice avente causa, sarebbe obbligato di far godere il fittaiuolo del pari che l'usufruttuario: or circa all'applicazione dell'art. 1522 c. c. = 1276 ll. cc., non dovrebbe esservi, secondo lo stesso Toullier, differenza alcuna a tal oggetto tra questo avente causa ed un erede, poichè l'articolo contiene la stessa disposizione per l'uno e per l'altro. Di più se l'affitto avesse acquistato una data certa anteriore a quella dell'atto autentico del compratore, questi non potrebbe espellere il fittaiuolo (art. 1743 c. c. = 1589 ll. cc.), e nondimeno siffatta circostanza non avrebbe cambiato la natura del dritto proveniente dal contratto di affitto; ne avrebbe soltanto assicurato più piena-

mente l'effetto riguardo ad un acquirente. Ciò dunque si riduce ad una quistione di data; ebbene! debbe essere lo stesso riguardo ad un usufruttuario o ad un altro compratore con iscrizione privata del medesimo immobile, attesoche l'acquirente che possiede anch'egli un atto autentico o una scrittura privata con data certa dalla tal' epoca, non è obbligato, come *avente causa* del suo venditore, di porre riguardo agli atti fatti da costui circa alla cosa venduta, se non quando questo atto e questa scrittura sieno anteriori al suo, poichè se fossero posteriori, sarebbero stati fatti da un individuo che non avendo più dritto sulla cosa, non aveva per conseguenza più qualità per farli; ciocchè riduce sempre la quistione, come si vede, ad una quistione di data. Or vien essa decisa dall' art. 1528 c. c. = 1282 II. cc. tra coloro che sono *terze persone fra essi*, abbenchè sieno altronde gli uni e gli altri *aventi causa* di colui dal quale ripetono il loro dritto.

158. Se un compratore è un *avente causa* del venditore, ciocchè, ripetiamolo pure, siamo lungi dal contrastare, un creditore ipotecario è ugualmente, circa al suo dritto d'ipoteca sull'immobile, un *avente causa* del debitore che glielo costituì: nè anche si scorge come potrebb'esser diversamente; per cui la sua ipoteca dipende dalla validità del dritto del debitore sull'immobile (art. 2125 c. c. = 2011 II. cc.); e nulladimeno si è più sopra veduto, dall'arresto di cassazione da noi citato, che il credi-

tore ipotecario non era tenuto ad eseguire il contratto di vendita in iscrizione privata senza data certa anteriore alla costituzione dell'ipoteca, abbenchè conoscesse la vendita nel tempo in cui ricevette l'ipoteca, ed abbenchè l'immobile già fosse da lungo tempo in potere dell'acquirente.

139. E, domandasi, qual'è mai l'acquirente, anche con atto autentico, che potrebbe nella dottrina di Toullier confidarsi di conservare l'oggetto del suo acquisto finchè non ne avesse acquistato la proprietà mediante la prescrizione? Come mai, per esempio, potrei impedire che Paolo il quale mi ha venduto e consegnato il tale fondo da sei o otto anni, lo vendesse ancora ad un'altra persona con iscrizione privata, alla quale, per una frode facilissima a commettersi, si apponesse una data anteriore al mio titolo? Egli sarebbe soggetto all'arresto personale come reo di stellionato, dice Toullier. È questa veramente una bella garanzia! io avrò sempre perduto la mia proprietà, ed a che mi gioverà di farlo carcerare, se egli è insolubile? per alimentarlo a mie spese....

Ma, soggiunge lo stesso autore, se la scrittura privata avente data anteriore a quella dell'atto autentico, non dovesse a questo prevalere, non vi sarebbe sicurezza per coloro i quali contrattano con iscrizione privata. A ciò risponderemo con Toullier medesimo, che essi potranno sperimentare l'arresto personale contra il venditore reo di stellionato, poichè a creder suo è questa una forte garanzia. Am-

mettendo altronde che questo inconveniente fosse così reale e così grave come quello da noi indicato, ciocchè certamente siamo lungi dal credere, vi sarebbe sempre qualche cosa che urterebbe la ragione in una dottrina che facesse prevalere scritture private senza data certa ad atti autentici, o anche a scritture private aventi acquistato data certa. Voi dite che il vostro atto è anteriore al mio; io sostengo che sia stato fatto non prima di ieri, e forse non m'inganno: ov'è la pruova della sua anteriorità? la sua data? ma voi avete potuto apporre questa data come meglio vi è piaciuto; mentrechè io provo in modo irrefragabile la data del mio. Il vostro atto dunque non può viemaggiormente oppormisi che una controscrittura.

140. Del resto l'art. 1328 c. c. = 1282 ll. cc. non puossi generalmente applicare ai creditori di un fallito il quale si presenta per essere ammesso a partecipare alle distribuzioni della comune dividenda, o per concorrere all'accordo, se mai debbasene fare col fallito. Non possonsi escludere questi creditori pel solo motivo che i loro titoli non hanno acquistato una data certa prima dell'apertura del fallimento; ciò farebbe annientare la fiducia tanto necessaria al commercio. Fra i creditori possessori di effetti commerciali ordinariamente hanno fatto registrare i loro titoli coloro soltanto che furono obbligati a far protestare per mancanza di pagamento; quelli i cui titoli non erano ancora esigibili al tempo del fallimento, non ebbero motivo

da adempiere siffatta formalità , e non l' hanno adempita. Or se gli altri creditori fossero in dritto di escluderli , per la sola ragione che i loro titoli non abbiano acquistato data certa al tempo dell' apertura del fallimento , e che quindi gli atti siansi potuto formare col fallito dopo il fallimento apponendovi una data anteriore, la comune dividenda per lo più apparterebbe ad un picciol numero di creditori , ed il commercio soffrirebbe il più grave danno da un tale sistema. Laonde non avviene così : l' uso costante al contrario è di ammetterli ugualmente nel passivo del fallimento , salvo al tribunale, se sorga contesa sulla veracità di tal credito, se si pretenda che ne sia simulata la causa, o che l' obbligazione sia stata contratta dopo l' apertura del fallimento , apponendovisi un' antidata , di estimare le circostanze della causa, e rigettare il credito, qualora apparisca di non esser legittimo. Avviene lo stesso de' crediti per mercanzie consegnate sopra semplice fattura o conto corrente, non che de' lavori di operai : questi diversi crediti neanche sono ordinariamente comprovati con atti , e nondimeno sono ugualmente ammessi dopo verificazione ed affermazione con giuramento.

141. La ragione è la stessa nelle materie civili ; un creditore il quale nel caso di sequestri presso terzo o di esecuzioni fatte da altri creditori, produca opposizione al pagamento delle somme, non dev' essere escluso dalla distribuzione sul solo motivo che il suo titolo non avesse data certa anteriore ai detti

sequestri o opposizioni. Ciò che preme, non è di sapere da qual' epoca sia creditore, ma se sia creditore; mentre abbenchè non lo fosse divenuto che dopo i suddetti sequestri o opposizioni, avrebbe ancor dritto di concorrere coi sequestranti o opponenti, finchè costoro non avessero ricevuto il danaro, o non fosse stata fatta dal giudice commissario la chiusura del processo verbale di distribuzione, se ne competesse. Soltanto il suo credito sarà verificato come quello degli altri, e se non sia legale, non verrà ammesso; se non sia impugnato, s' ammetterà dopo l' affermazione con giuramento.

142. Nondimeno nella specie seguente furono ammessi taluni creditori a far escludere una scrittura privata per la ragione che la medesima non aveva data certa; ma la specie era ben differente da quelle di cui abbiamo parlato.

Un debitore, condannato in contumacia per non aver costituito patrocinatore, dichiarò posteriormente con iscrizione privata senza data certa, di aver come eseguita la sentenza, di accettarla e rinunciare al dritto di produrre opposizione ed appello. Il creditore, in virtù dell'art. 2123 c. c. = 2009 ll. cc., aveva preso iscrizione ipotecaria sui beni del debitore. Trascorsero oltre sei mesi in tale stato di cose, e gli altri creditori pretesero di poi che la sentenza riputavasi non avvenuta, ai termini dell' art. 156 c. pr. = 250 ll. pr. cc., per non essere stata eseguita fra i sei mesi dal giorno in cui erasi emessa, ed in conseguenza che le ipoteche prese in virtù

di tale sentenza erano senza causa legale; che la scrittura privata colla quale il debitore aveva ritenuto la sentenza per eseguita, con accettarla e rinunciare al dritto di produrvi opposizione e d'interporne appello, essendo un atto senza data certa, il quale aveva potuto esser fatto dopo la perenzione della sentenza, non poteva esser loro opposta, perchè erano essi evidentemente terze persone rispetto a colui che l'aveva ottenuta; che quindi, ai termini dell' art. 1528 c. c. = 1282 *ll. cc.*, questo atto non avendo data a loro riguardo, doveva essere escluso dalla causa rispetto ad essi. La Corte d' Amiens ammise tali conclusioni con decisione del 17 agosto 1815, che fu poi confermata in cassazione con arresto riferito dal continuatore di Denevers, tomo XVIII, part. 1, p. 1.

Dobbiamo nulladimeno far osservare che la Corte di Caen giudicò il contrario in una specie simile (1). Ella credè che la scrittura privata di cui si tratta equivaleva ad una esecuzione della sentenza, poichè, giusta l'art. 159 c. pr. = 253 *ll. pr. civ.*, la sentenza si reputa eseguita allorchè risulti da un atto qualunque, che l'esecuzione fu necessariamente conosciuta dalla parte contumace, e che per ciò la sentenza non era stata colpita dalla disposizione dell' art. 156 del medesimo Codice = 250 *ibid.*; che l'atto, quantunque in iscrittura privata e senza data certa, poteva opporsi ai creditori, salvo ad

(1) Decisione del 26 aprile 1814; *Sirey* 1814, 2, 402.

essi l'impugnarla sotto il rapporto della frode, se vi fosse luogo. Ma ciò era supporre precisamente quel che cadeva in quistione, di essersi fatto fra i sei mesi dal giorno in cui erasi pronunziata la sentenza; per cui crediamò che la prima di queste decisioni sia più uniforme alle regole, abbenchè sembrar possa rigorosa.

ART. III.

Degli atti contenenti convenzioni sinallagmatiche.

143. Secondo l'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc., « le
« scritture private le quali contengono convenzioni
« sinallagmatiche, debbono esser fatte in tanti ori-
« ginali, quante sono le parti che vi hanno un
« interesse distinto.

« Basta un solo originale per tutte le persone che
« vi abbiano un interesse medesimo.

« In ciascun originale deve enunciarsi il numero
« degli originali che si sono fatti.

« Ciò non ostante la mancanza di menzione che
« gli originali sono stati fatti in doppio, triplo, ec.
« non può essere opposta da colui che abbia ese-
« guito per parte sua la convenzione contenuta
« nell'atto ».

144. Tale disposizione era ignota nel dritto romano, e non fu anche introdotta nella giurisprudenza francese che verso l'anno 1756, con talune decisioni del parlamento di Parigi, senza che sia

stato emanato alcun editto o ordinanza su tale oggetto, come puossi vedere dall'articolo *Doppio originale*, nel Repertorio di Merlin, e dall'arresto della Corte di cassazione del 17 agosto 1814 (1).

Si ebbe in mira che ciascuno de' contraenti, nelle convenzioni sinallagmatiche, debba avere il mezzo da costringere l'altro ad eseguire la convenzione, se vi si negasse, e che a tal uopo era necessario che l'atto si facesse in tanti originali quante fossero le parti aventi un interesse distinto.

Del resto questa dottrina de'doppij originali, che gravi dubbj fece sorgere, non senza opposizione si consolidò nella nostra giurisprudenza (2), e divenne una regola del Codice; ciocchè però importa di più non è di farne la critica, ma di ben intenderla e di ben applicarla ai casi che possonsi presentare.

145. I contratti di vendita, di locazione, di società, gli atti di divisione, le costituzioni d'enfiteusi, i compromessi, le transazioni e taluni altri atti ancora, essendo convenzioni che inducono obbligazioni da adempiersi da ciascuna parte, vere convenzioni sinallagmatiche, è necessario che le scritture private le quali son fatte per provarle, sieno formate in tanti originali quante sono le

(1) *Sirey*, tomo XV, part. 1, pag. 18. *Denevers*, tomo XII, pag. 483.

(2) Era stata rigettata dallo stesso Parlamento di Parigi, come contraria alle regole del dritto, con decisione del 3 settembre 1680, rissita da Brillou, nella sua Raccolta, v. *Affitto*.

parti aventi un interesse distinto ; altrimenti l'atto è nullo. Vedremo tra poco se la convenzione medesima lo sia ugualmente.

146. Ma è d'uopo osservare che la regola stessa non è applicabile se non alle scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche inducenti obbligazioni da adempersi da ciascuna delle parti, oppure sacrificj o rinunzie a taluni dritti dal canto di una di esse con obbligazione per l'altra di fare o di pagare una determinata cosa , ovvero rinunzie da una banda e dall'altra , e non a tutti i contratti sinallagmatici di lor natura.

Così, un contratto di vendita è un contratto sinallagmatico di sua *natura* , abbenchè una delle parti l'abbia immediatamente eseguito , o pagando il prezzo in contante , o consegnando la cosa venduta , e nondimeno nel caso , per esempio , in cui vendo o do attualmente cento tomola di grano mediante 2,000 franchi che vi obbligate di pagarmi fra sei mesi , è chiaro che non occorre di fare un doppio originale dell'atto che formiamo , e che prova di aver voi ricevuto da me , a titolo di compra , queste cento tomola di grano ; giacchè quantunque la vostra obbligazione abbia la sua causa in un contratto sinallagmatico di sua natura , nondimeno col fatto dell'esecuzione della mia obbligazione , questa obbligazione in realtà è puramente unilaterale. Voi in effetti non avete bisogno di un atto per costringermi ad adempiere l'obbligazione che ne sarebbe per me risultata , giusta le regole della ven-

dita, se non fosse stata eseguita, poichè essa à adempita; io solo ho bisogno di un atto contro di voi. Converrà soltanto che questo atto, come contenente una promessa da un solo lato, sia fatto secondo il voto dell' art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc., che noi fra poco esamineremo.

In senso inverso, se il contratto è stato eseguito immediatamente da voi, pagandomi in contante il prezzo delle cento tomola di grano, che mi sono obbligato di consegnarvi fra un determinato tempo, basta che voi abbiate un atto, e che questo atto sia formato come richiede il detto articolo, poichè io soltanto ho obbligazioni da adempiere.

Altronde nell' uno del pari che nell' altro caso ciascuna parte ha eseguito il contratto, l' una pagando o consegnando, l' altra ricevendo: or fra poco dimostreremo che l' esecuzione impedisce a quella che l' ha fatto, di eccepire la mancanza del doppio originale, del pari che la semplice mancanza di menzione del numero degli originali che furono fatti o che si dovettero fare.

147. In generale le promesse di vendita sono tante convenzioni veramente sinallagmatiche, allorchè avvì consenso sulla cosa e sul prezzo; per cui in tal caso valgono per vendita; art. 1589 c. c. = 1434 ll. cc.: sono obbligatorie per l'una come per l' altra delle parti, e per conseguenza l'atto che le prova dev' esser fatto in doppio originale. Ma nulla i oppone che io mi obblighi di vendervi la mia scasa nel tale mese, nel tale anno, mediante una

data somma, senza che vi obblighiate per ciò a comprarla; e *vice versa* nulla si oppone che vi obblighiate a comprare la mia casa nella tale epoca, mediante una data somma, senza che io mi obblighi dal mio canto a vendervela: sono queste delle obbligazioni meramente unilaterali, e validissime (art. 1134 c. c. = 1088 ll. cc.), poichè non hanno cosa alcuna di contrario alle leggi ed al buon costume, nè alla natura de' contratti, essendo contratti unilaterali; art. 1103 c. c. = 1057 ll. cc. Le circostanze nelle quali le parti contrattarono possono perfettamente spiegare perchè non fecero una convenzione sinallagmatica. Le compre col patto di assaggio, o sotto una condizione potestativa da parte del compratore, sono altronde obbligazioni quasi della stessa natura. Quindi Pothier (1) non bilancia a riguardare queste semplici promesse di vendere o di comprare, senza reciprocenza, come perfettamente validi. Or in tai casi la regola generale dell' art. 1525 c. c. = 1279 ll. cc. neppure è applicabile; basta un atto fatto in un semplice originale dato alla parte verso la quale siasi l'altra obbligata.

148. Nulladimeno il parlamento di Parigi, confondendo le promesse di vendere o di comprare, senza reciprocenza, colle vendite propriamente dette o colle promesse reciproche, giudicò che un atto col quale l' arcivescovo di Reims erasi semplicemen-

(1) *Contratto di vendita*, part. VI, cap. 1, n.º 478 e segui.

te obbligato di comprare *il palazzo Conti*, mediante 450,000 franchi (senza che appare dai fatti riferiti da chi riporta la decisione che il proprietario si fosse obbligato da sua parte a vendere), era un atto nullo, per non essere stato fatto in doppio originale. *V.* la decisione in Denizart, alla parola *Doppio originale*. Ma se realmente fu essa emanata nel caso di una promessa di comprare senza reciprocanza, non potrebbe formare giurisprudenza.

149. E siccome, giusta l'art. 109 c. com. = 108 *ll. cc. com.*, le compre e vendite tra commercianti si provano non solo con atti pubblici o scritture private, o colla nota o appuntamento di un agente di cambio o sensale, debitamente sottoscritta dalle parti, ma ancora con una *fattura accettata*, colla *corrispondenza*, coi libri delle parti, e colla prova testimoniale nel caso in cui il tribunale creda dover ammetterla, è chiaro che l'art. 1325 c. c. = 1279 *ll. cc.* non puossi applicare a queste specie di convenzioni. Tanto fu giudicato dalla Corte di Treveri, con decisione del 30 maggio 1810 (1). Vedremo in appresso da quando si considera come conchiuso la convenzione, allorchè si contraffa per via di corrispondenza.

150. Inoltre si riguardano sì i contratti di deposito, di comodato, di mandato e di pegno, come contratti i quali partecipano della natura de' contratti sinallagmatici, in quanto che se il depositario, il

(1) Denevers, 1811. Suppl., pag. 136.

comodatario, il mandatario ed il creditore che ha il pegno han fatto qualche spesa per la conservazione della cosa, o per l'esecuzione del mandato, hanno un'azione per esser fatti indenni; ciocchè determinò Pothier a chiamare questi contratti *sinalagmatici imperfetti* (1). Ma non è tuttavia necessario che la scrittura privata che le comprova sia fatta in doppio originale: basta che il deponente, ecc. abbia un titolo per dimandare la cosa depositata, e l'art. 1985 c. c. = 1857 ll. cc. dice che il mandato può darsi per mezzo di *lettera*. La maggior parte delle procure ricevute da notari sono anche rilasciate in brevetto. Quindi la dottrina dei *doppj originali* non fu mai estesa a questi contratti, perchè le obbligazioni che possono risultarne pel deponente, mandante, ec. sono generalmente obbligazioni che nascono dopo il contratto, *ex post facto*, dal fatto medesimo delle spese. Tuttavolta in materia di deposito e di comodato conviene osservare il prescritto dell'art. 1526 c. c. = 1280 ll. cc., come in appresso lo diremo.

Circa all'applicazione del suddetto art. 1525 c. c. = 1279 ll. cc., non potrebbe esservi dubbio se non nel caso in cui il depositario o il mandatario avesse *stipulato* una mercede, ciocchè viene autorizzato dal Codice (art. 1928 e 1999 c. c. = 1800 e 1871 ll. cc.), senza che per ciò cessi il contratto di essere un vero

(1) *V.* quanto fu da noi detto sulla natura di questi contratti, nel tomo X, n.º 68.

contratto di deposito, o di mandato; a differenza delle strette regole del dritto romano, in cui la convenzione per siffatta circostanza sarebbesi annoverata fra i contratti innominati, *contractus innominati*, ed in cui le azioni per conseguenza sarebbero state differenti. La stipulazione di questa mercede dà in fatti al contratto la caratteristica di un vero contratto sinallagmatico, poichè le due parti si obbligano reciprocamente l'una verso l'altra; art. 1102 c. c. = 1056 ll. cc. Nondimeno anche in tal caso non crediamo che vi sia necessità di far l'atto in doppio originale, poichè circa al mandato l'art. 1985 c. c. = 1857 ll. cc. dice indistintamente che può conferirsi anche per mezzo di lettera; ed in quanto al caso di deposito, avvi parità di motivi. Vi è altronde una ragione particolare per così sostenere, cioè che questi due contratti possono cessare a volontà del deponente o del mandante (art. 1944 e 2004 c. c. = 1816 e 1876 ll. cc.); in guisa che la costoro obbligazione di pagare il salario non avrà se non la durata che piacerà ad essi stabilire, col peso però di pagare ciò che sarà maturato del salario. Laonde non potrebbe estendersi siffatta risoluzione ad una locazione di opera: l'atto dovrebbe esser fatto in doppio originale; giacchè non solo il contratto è perfettamente sinallagmatico, ma di più irrevocabile di sua natura.

151. E l'atto dev' esser fatto in doppio originale non solo nei contratti nei quali ciascuna delle parti si obbliga di fare o di dare qualche cosa che non dà

o non fa attualmente, ma ancora nelle convenzioni in cui una di esse soltanto si obbliga a fare o a dare qualche cosa in un determinato tempo, quando l'altra da sua parte rinunzi per l'oggetto a taluni dritti, a talune pretensioni; imperocchè siffatta rinunzia è un' obbligazione di non dimandare la cosa a cui la parte rinunziò: è questa un' obbligazione *di non fare la tale cosa*, messa in bilancio coll' obbligazione dell' altra parte, di fare o di dare la tal altra cosa; ciocchè perfettamente dà alla convenzione il carattere di convenzione sinallagmatica. Similmente le convenzioni colle quali ciascuna delle parti rinunzia a taluni dritti, senza neanche obbligarsi di pagar cosa alcuna di poi, sono puranche convenzioni sinallagmatiche, e l'atto che le comprova dev'esser fatto in doppio originale: per cui tutte le transazioni, ed altre convenzioni analoghe, voglion esser fatte in tanti originali quante sono le parti aventi un interesse distinto, se l'atto sia in iscrittura privata.

152. Quindi avvi convenzione sinallagmatica, ed in conseguenza l'atto dev'esser fatto in doppio originale, allorchè un terzo si rende fideiussore di un debito già esigibile, coll' obbligo assunto dal creditore di non richiederne il pagamento che allo spirare di un termine convenuto, o di rinunziare a procedure incoate contra il debitore, o con qualunque altra obbligazione. Non essendosi il fideiussore obbligato che fidando in siffatta obbligazione, non dev'esser lasciato al libero arbitrio del credi-

tore il profittarne se gli sembra vantaggioso, e non eseguire nulla ostante la condizione sotto la quale fu prestata la fideiussione, rinunciando al beneficio di tale fideiussione, se ciò fosse maggiormente del suo interesse: or tanto potrebbe fare senza grave ostacolo se egli solo avesse un atto. La questione fu in questo senso parecchie volte giudicata dalla Corte di Parigi nel 16 dicembre 1814, e dalla Corte di Douai nel 27 agosto 1817. Queste due decisioni furono confermate in cassazione, la prima con arresto della sezione civile, profferito dopo matura deliberazione, nel 14 maggio 1817; e la seconda con arresto della sezione de' ricorsi, del 25 luglio 1818 (1).

153. Ciò posto, un contratto fatto tra un minore divenuto maggiore ed il suo tutore, con cui il tutore si obbliga di pagare una data somma, mediante la quale il minore rinunzia ad ogni ripetizione e dimanda per fatti di tutela, deve, anche a fin di essere obbligatorio pel tutore, esser disteso in doppio originale, se sia fatto con iscrittura privata; giacchè quantunque colui che fu minore non si obblighi a pagare qualche cosa dal suo canto, l'atto

(1) Questi diversi arresti e le specie sulle quali furono profferiti sono enunciati nel Repertorio di Favard de Langlade, v. *Scrittura privata*, sez. 1, § 2.

Nulladimeno, giusta un arresto di cassazione del 26 ottobre 1808, riferito puranche nel medesimo luogo, sembrerebbe che non in tutti i casi in cui una delle parti rinunzia a qualche dritto già acquistato, sia necessario di far l'atto in doppio originale; ma quell'arresto fu profferito in una specie particolare, e la massima non n'è men vera.

non avrà meno la caratteristica di una convenzione sinallagmatica, per le rinunzie che vi son fatte. Diversamente avverrebbe, a creder nostro, in una semplice liquidazione di conto; in tal caso l'atto, sebbene fatto in un semplice originale, sarebbe valido come ricognizione da parte del tutore, abbenchè del resto sia più prudente e più vantaggioso per costui di farlo in doppio originale, e di adempiere le condizioni richieste dall' art. 472 c. c. = 395 ll. cc., affinchè il minore divenuto maggiore non impugni i fatti della tutela.

Ciò in generale si applica ad altre amministrazioni.

154. Abbiain detto che basta un solo originale per tutte le persone che hanno lo stesso interesse. Or due socj i quali contrattano con una terza persona hanno il medesimo interesse, cioè un interesse comune: l'interesse di uno di essi non è *distinto* da quello dell'altro.

Avvien lo stesso di due comproprietarj di una casa, per esempio, i quali contrattano con un intraprenditore o architetto, per farvi riparazioni o costruzioni: essi sono in qualche modo socj circa alla casa.

Sarebbe d'uopo anche così risolvere nel caso di vendita della casa: un solo originale basterebbe pei due comproprietarj venditori. Quindi un arresto della Corte di cassazione, sezione de'ricorsi, del 2 marzo 1808 (1), decise che i figli coeredi i quali con-

(1) *Sirey*, 1808, 1, 232.

trattano colla loro madre riguardo al dritto a lei spettante di riprendere dalla successione di suo marito tuttociò che vi ha portato, non si reputano avere interessi distinti e separati, quando nessuno di essi elevi pretese che gli sieno esclusivamente personali; e che in tal caso basta un solo originale per tutt' i coeredi.

Per la medesima ragione, due individui che comprano in comune una stessa cosa, per un solo e medesimo prezzo, si considerano puranche avere lo stesso interesse. Essi formano tra loro una società circa alla cosa comprata, *nam societatem coire et re et verbis....* L. 4, ff. *pro socio*. Un solo originale basta dunque per loro.

Certamente in questi diversi casi la persona cui viene consegnato l' originale può, intendendosela coll'altra parte, deludere la convenzione in pregiudizio del suo cointeressato; ma è colpa di quest'ultimo di non aver esatto un doppio originale, e d'aver mal collocata la propria fiducia. Dicendo l'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc. che un solo originale basta per tutti coloro che hanno *un interesse medesimo*, non ha in fatti voluto intendere con ciò unicamente coloro che avessero essi soli, e ciascun di loro pel tutto, la totalità del dritto che forma l'oggetto del contratto, poichè due persone non possono avere, ciascuna per se, la totalità di una cosa o di un dritto, in tutta l'estensione di questa parola, al pari che due persone non possono sedere simultaneamente al medesimo luogo, per servirci del paragone

del giureconsulto Paolo, in occasione del possesso: *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*; l. 3, § 5, ff. *de acquir. vel amitt. poss.* Gli stessi creditori solidali, pei quali sicuramente basterebbe un solo originale, non hanno ciascuno l'intero dritto, in tutta la estensione della parola, poichè ciascuno non ha la facoltà di farne rimessione per lo intero, nè di deferire al debitore il giuramento per lo intero; art. 1198 e 1365 c. c. = 1151 e 1319 ll. cc.

Per un interesse medesimo, l'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc. intende dunque i casi in cui l'interesse di una delle parti è congiunto a quello dell'altra, lungi dall'escluderlo; ciocchè avrebbe luogo precisamente se una di loro avesse assolutamente *tutto* il dritto.

155. Ma quando anche molti abbiano un interesse comune, perchè sieno validamente obbligati coll'atto, non è men necessario che questo atto sia sottoscritto da tutti sul doppio originale dell'altra parte; diversamente gli obbligati sarebbero soltanto coloro che l'avessero sottoscritto.

Convien tuttavia eccettuare il caso in cui colui o coloro i quali avessero sottoscritto erano muniti di mandato degli altri per contrattare.

Laonde nelle società commerciali in nome collettivo, la firma del gerente sotto la ragion sociale obbliga tutt'i socj, anche solidalmente; art. 22 c. com. = 31 ll. ecc. com.

156. Del resto non è necessario che tutti i doppi originali sieno sottoscritti da tutti i contraenti. Avvien anche sovente che non si sottoscrive quello che si riceve, e quando anche la parte morisse prima di averlo sottoscritto, o che l'altra parte non avesse sottoscritto il suo, l'atto non sarebbe per ciò men valido. Così fu giudicato dal parlamento di Parigi, nell'epoca stessa in cui tanto decisamente si pronunziò per questa dottrina astrusa de' doppi originali (1). In fatti il doppio originale che io mi ricevo non ha per oggetto di obbligarmi; quindi a che mai è necessario che lo sottoscriva?

157. Il Codice neanche prescrive di apporre in piedi del doppio originale da noi medesimi non disteso un *approvo lo scritto*, abbenchè sia uso il farlo ed utile per l'altra parte il richiederlo, affinchè la sottoscrizione venga meno facilmente impugnata o non riconosciuta.

158. Neppure richiede che colui il quale non ha sottoscritto il doppio originale consegnato all'altra parte, vi apponga un *buono* o un *approvato* esprimente per esteso la somma o la quantità della cosa promessa, come il richiede sotto talune eccezioni coll'art. 1526 c. c. = 1280 ll. cc., allorchè si tratta di biglietti o di semplici promesse unilaterali, non iscritti per intero di mano del debitore: d'onde segue che la nullità dell'atto non potrebbe di-

(1) Decisione del 27 marzo 1758, Denisart, v. *Doppi originali*.

mandarsi per questa causa. Le nullità non si estendono da un caso ad un altro.

159. Nè molto meno è prescritto di porre per esteso la somma o la quantità delle cose promesse, o di mettere un *buono* o un *approvato* di queste somme, abbenchè sia molto pericoloso di porle in cifre, a cagione della facilità di fare viziazure, aggiunzioni e soppressioni di cifre. Ma non contenendo il Codice alcuna disposizione a tal riguardo, e non prescrivendo pure la legge sul notariato col suo art. 13, che una semplice multa di cento franchi contra il notaro il quale abbia messo la somma o la data in cifra, e non la nullità dell'atto, non potrebbe essere pronunziata per questo motivo, ancorchè l'atto non avesse un *buono* o *approvato* espriamente per esteso o con cifra la somma o la quantità della cosa.

160. Come si è veduto, l'art. 1325 c. c. = 1279 II. cc. richiede che sia fatta menzione sopra ciascuno originale del numero degli originali che si sono fatti. Ciò ad oggetto che la parte la quale non volesse eseguire la convenzione non pretendesse, sopprimendo il suo doppio originale, che l'atto non fu fatto in tanti originali quante erano le parti aventi un interesse distinto; che quindi non avendo avuto dal suo canto alcun mezzo da costringere l'altra parte all'esecuzione della convenzione, non deve anch'essa esservi astretta. Ma quando ha eseguito l'obbligazione, allora, giusta lo stesso art. 1325 c. c. = 1279 II. cc., non è ammissibile ad opporre

la mancanza di menzione del numero degli originali che si son fatti: ha con ciò dimostrato che si riguardava come bastantemente vincolata.

161. Nel caso medesimo in cui l'atto realmente non fosse stato fatto in tanti originali quante erano le parti aventi un interesse distinto, e non venisse ciò negato, quella che ha eseguito dal suo canto la convenzione contenuta nell'atto neppure può opporre la reale mancanza de' doppij originali, quando anche l'atto semplice non fosse stato ad essa consegnato, e quantunque lo fosse stato all'altra parte, e non ad una terza persona per tenerlo in deposito.

Poco importa che l'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc. nella sua ultima disposizione non parli che *della mancanza di menzione* del numero di originali che dovettero esser fatti, come purgata con la volontaria esecuzione, e si taccia sulla effettiva mancanza di doppij, tripli originali, ec.; giacchè l'art. 1358 c. c. = 1292 ll. cc. dice in modo generale che la volontaria esecuzione all'epoca determinata dalla legge produce la rinunzia ai mezzi ed eccezioni che potevano opporsi contra l'atto soggetto a nullità o a rescissione.

La Corte di Genova tuttavia aveva giudicato il contrario, nella specie di un compromesso non fatto in doppio originale, ed eseguito da colui che ne dimandò di poi ed ottenne la nullità, ma la sua decisione fu cassata con arresto del 15 febbrajo 1814, in questi termini:

« Visto il § 1.^o dell' art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc. ed il § 3 dell' art. 1338 c. c. = 1292 ll. cc. ;
 « ed attesochè ai termini dell' ultimo di questi articoli, la volontaria esecuzione delle convenzioni
 « produce la rinunzia ai mezzi ed eccezioni che
 « avrebbero potuto opporre agli atti in cui son esse
 « contenute; che questa disposizione generale è applicabile a tutti i casi , tranne espressa eccezione ;
 « che non ve n' esiste rispetto agli atti privati e sinallagmatici non distesi in tanti originali quanti
 « se ne richiedono ; che neppure puossi dedurlo dal silenzio del citato art. 1325 , sull' effetto dell' esecuzione volontaria di questi atti ; che al contrario il motivo della disposizione finale di questo
 « articolo si applica tanto alla mancanza effettiva del numero degli originali prescritti , che alla
 « mancanza di menzione di tal numero ; attesochè è comprovato colla decisione impugnata, che vi è
 « stata da parte del convenuto volontaria esecuzione dell' atto del compromesso ; che quindi la nullità di questo atto risultante dalla mancanza di
 « doppj originali era sanata a suo riguardo , e che non potè essere pronunziata dalla decisione impugnata , se non per una falsa applicazione della
 « prima parte dell' art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc. , e per una espressa violazione della terza parte dell' art. 1338 c. c. = 1292 ll. cc. : per tali motivi , la Corte cassa ed annulla la decisione proferta tra le parti dalla Corte di appello di Genova nel 12 dicembre 1812 , e tuttociò che ha
 « potuto seguirne ».

Un altro arresto della stessa Corte, ma di semplice rigetto di ricorso, del 13 febbrajo 1812 (1), aveva già deciso che la comparsa volontaria innanzi ad arbitri nominati con un compromesso non fatto in doppio originale, è una esecuzione del compromesso, e sana la nullità risultante dalla mancanza del doppio originale richiesto dall' art. 1525 c. c. = 1279 ll. cc.

Quindi è oramai inconcusso che l'esecuzione volontaria sana ugualmente e la reale mancanza del doppio originale, e la mancanza di menzione che l'atto fu fatto in doppio, triplo originale, ec. La mancanza di tale menzione riduce in fatti la questione al caso in cui l'atto non fu fatto in tanti originali quante erano le parti aventi un interesse distinto, per la facoltà che ha una delle parti, sopprimendo o occultando il suo doppio originale, di sostenere che l'atto fu fatto in un semplice originale: or se la volontaria esecuzione da sua parte la rende inammissibile ad opporre la mancanza di menzione che l'atto fu fatto in doppio originale, pel medesimo motivo deve renderla inammissibile ad opporre la effettiva mancanza di doppij originali, poichè in sostanza di ciò soltanto si dovrebbe sì nell'uno che nell'altro caso.

162. Ed abbenchè una delle parti soltanto abbia pagato, fatto o dato, l'esecuzione dell'atto non deve meno nella maggior parte de' casi considerarsi

(1) *Sirey*, 1814, 1, 155.

come comune a tutte due, per esservi concorse ugualmente, l'una pagando, l'altra ricevendo. Per esempio, è indubitato che il debitore debbasi considerare come avendo eseguito la vendita, ricevendo tutto o parte del prezzo della cosa venduta, abbenchè non l'abbia ancora consegnata; e *vice versa* che il compratore abbia eseguito il contratto, ricevendo tutto o parte della cosa venduta, abbenchè non abbia ancora pagato cosa alcuna del prezzo. Imperocchè a qual altro oggetto mai se non quello dell'esecuzione dell'atto, l'uno avrebbe ricevuto la somma e l'altro la cosa? È questa una tacita approvazione della convenzione, e deve nascerne un mezzo d'irrecetibilità ad impugnare oramai l'atto destinato a provarla.

165. Ma *quid juris* allorchè non vi è stata ancora esecuzione, e l'atto non siasi fatto secondo il voto dell'art. 1525 c. c. = 1279 ll. cc.?

È ugualmente qui applicabile quanto più innanzi fu detto sul caso dell'atto autentico nullo per la incompetenza o l'incapacità dell'uffiziale pubblico, o per una mancanza di forma, e che neanche vale come scrittura privata, per non essere stato sottoscritto da tutte le parti le quali vi contrassero obbligazioni. In conseguenza conviene distinguere se le parti intesero non contrattare se non collo scritto che ebbe luogo, *in scriptis*, sospendendo in tal modo l'effetto del loro consenso sino alla compilazione dell'atto, che doveva non solo provarlo, ma ancora sanzionarlo, oppure se esse con-

trattarono dapprima puramente e semplicemente, in modo definitivo, e non fecero in appresso un atto che per la pruova soltanto delle loro obbligazioni. E per estimare la loro intenzione a tal riguardo, serviranno di guida ai magistrati le circostanze della causa, che possono variare all'infinito.

Gli sviluppiamenti nei quali entrammo su tale oggetto nel tomo X, n.º 84 e seguenti, riferendo il parere di Vinnio, di Pothier, del presidente Fabbro, e di taluni altri giureconsulti, possono generalmente manodurre allo scioglimento della quistione.

In fatti l'atto e la convenzione non sono una sola e medesima cosa, poichè le condizioni *essenziali* alla validità delle convenzioni in generale (1) sono quelle soltanto le quali vengono stabilite dall'art. 1108 c. c. = 1062 ll. cc., e sviluppate negli articoli seguenti, cioè il consenso delle parti, la capacità di obbligarsi, l'oggetto dell'obbligazione ed una causa lecita per obbligarsi; consentendosi validamente anche senza scrittura, poichè la pruova in iscritto non è la sola ammessa dal Codice. Esso non parla anche di *atti*, nel capitolo VI di questo titolo, se non come *pruova* delle obbligazioni e del loro pagamento, e non come condizione essenziale alla loro validità; e se nell'art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc. si dice « che per qualunque cosa

(1) Diciamo *in generale*, perchè in taluni casi, come quelli di donazione tra vivi, di contratto di matrimonio, di convenzione d'ipoteca, è necessario anche un atto autentico per la validità della convenzione.

« che ecceda la somma o il valore di 150 franchi
 « deve stendersene atto innanzi notaio, o con pri-
 « vata scrittura » ; è soltanto rispetto alla pruova,
 e per istabilire che quella per mezzo di testimoni
 non può per regola essere ammessa oltre tal valo-
 re, ma in nessun modo per fare degli atti o scrit-
 ture una condizione *necessaria* alla validità delle
 convenzioni ordinarie. Laonde l' oratore del gover-
 no diceva al Corpo legislativo, presentando il pro-
 getto della legge sulla *vendita* alla sua approva-
 zione : « la scrittura non è richiesta nella vendita
 « che *tantum ad probationem*, e la vendita avrà
 « tutto il suo effetto se sia altronde provato la sua
 « esistenza ; ma la pruova non potrà aver luogo
 « che uniformemente alle regole intorno alla pruo-
 « va delle convenzioni. »

Ciò posto, devesi dire che se le parti ebbero in-
 tenzione di non contrattare che per iscritto, *in*
iscriptis, e di sospendere in conseguenza il loro
 consenso sino alla formazione di un atto completo
 colle loro firme, non avvi contratto nè obbliga-
 zione, se l'atto da esse fatto sia nullo, poichè
 è come se interamente non ve ne fosse stato ; è
 come se una di loro si fosse negata di farne, cioc-
 chè benissimo poteva fare, in questa ipotesi, co-
 me lo abbiamo dimostrato nel precitato luogo,
 citando a tal riguardo la l. 17, Cod. *de fide in-*
strumentorum, il cui dettato vien ripetuto nelle
 Istituta tit. *de emptione et venditione*. La conven-
 zione così sospesa non era che un progetto, che

L'atto nullo non potè effettuare. La parte citata per eseguire siffatta convenzione, ed interrogata sopra fatti e loro circostanze a richiesta dell'attore, o di quello al quale costui deferisse il giuramento sull'esistenza medesima di tal convenzione, potrebbe dunque confessare ciocchè è avvenuto senza tema di essere condannato; giacchè la sua confessione ed il suo giuramento non potrebbero scindersi.

Ma se al contrario siavi stata convenzione definitivamente stabilita prima di far l'atto, in modo che questo atto non dovesse servire che per provarla, e non per completarla e sanzionarla; se le parti in somma han regolato tutte le condizioni del loro contratto, se si son date le parole da una parte e dall'altra, e siasi differita ad altro giorno la stipula dell'atto, perchè non potevasi per la tale o tal'altra circostanza farlo al momento: allora la convenzione così perfetta deve ricevere la sua esecuzione, se sia provato con mezzi diversi dall'atto. Imperocchè sarebbe contrario alla ragione che questo atto, il quale venne fatto di poi per somministrarne la pruova, servisse a distruggerla. Subitochè è nullo, dev'essere escluso puramente e semplicemente dalla causa.

Or le convenzioni possono provarsi con testimoni allorchè non si tratta di un valore eccedente 150 franchi; e possono esserlo puranche, qualunque sia il valore della cosa, colla confessione delle parti e col giuramento o col rifiuto di prestarlo, poichè è permesso deferirlo sopra qualsivoglia specie di contro-

versia, ed ancora quando non esista alcun principio di pruova della dimanda o della eccezione sulla quale il giuramento si domanda; art. 1358 e 1360 c. c. = 1312 e 1314 ll. cc.

Se dunque una delle parti pretenda che la convenzione sia stata completamente stabilita prima dell'atto, che lo stesso non venne fatto di poi se non per la pruova, ha dritto, a creder nostro, di far interrogare l'altra su tal fatto; e di deferirle il giuramento, sia che l'atto formato in un solo originale fu a lui consegnato o che il fu al convenuto, sia che essendo stato realmente fatto in doppio originale, non si trovi sul prodotto doppio originale la menzione del numero degli originali che furono fatti. E se la parte interrogata confessi che la convenzione fu stabilita, conchiusa definitivamente prima dell'atto, o se quella cui venne dall'altra deferito il giuramento, ricusi di prestarlo, senza riferirlo al suo avversario, dev' essere condannato ad eseguire l'obbligazione. Ma se al contrario sostenga che intese obbligarsi soltanto coll'atto, essendo il medesimo nullo, non avvi obbligazione; giacchè la sua confessione o il suo giuramento non deve scindersi. Tali sono, noi crediamo, le vere regole.

Pretendesi tuttavolta non doversi permettere di deferire il giuramento in tal caso, perchè, si dice, l'attuale legge richiede evidentemente che vi sia uguaglianza di posizione tra coloro i quali formano convenzioni sinallagmatiche, e che questa uguaglianza di posizione non sussiste allorchè una delle parti

soltanto sia munita di un titolo che può servire a confondere il suo avversario, a convincerlo di spergiuro, se costui presti un falso giuramento, mentrechè non dovrebbe temere cosa alcuna di somigliante se il giuramento fosse a lei deferito, e l'atto in un solo originale fosse stato puranche ad essa consegnato; che in simile caso la convenzione è nulla come l'atto medesimo, o in altri termini che l'atto e la convenzione non formano se non una sola e medesima cosa: donde emerge che neanche vi sarebbe luogo a far interrogare sopra fatti e loro circostanze, che sarebbe questo il caso dell'adagio *frustra probatur quod probatum non relevat*.

A ciò risponderemo che, giusta la summentovata distinzione, avvi uguaglianza di posizione tra le parti. In fatti quella a cui fosse deferito il giuramento dall'altra che ha in suo possesso l'atto fatto in un solo originale, non succumberebbe confessando cioèchè si è fatto, se effettivamente la convenzione non fosse stata in diffinitivo modo stabilita prima dell'atto; e non potrebbe considerarsi come se avesse prestato un falso giuramento per aver giurato, in questa ipotesi, di non esservi stata diffinitiva convenzione; che la convenzione dipendeva dalla formazione e perfezione di un atto, e che quest'atto non fu fatto in modo completo; che non intese obbligarsi se non sotto questa condizione, la quale non si è verificata, giacchè, come lo abbiamo già detto, la sua confessione o il suo giuramento non potrebbero scindersi. Ma se la sua coscienza si opponga che essa faccia la sua

dichiarazione in questi termini, perchè la convenzione fu veramente stabilita e perfezionata prima di stendersi l'atto, diciamo, secondo le regole di sopra sviluppate, che questa parte non è in una posizione giudiziaria differente da quella dell'altra parte, poichè avrebbe potuto ugualmente deferire il giuramento, essendo lecito in generale deferirsi il giuramento in ogni materia, ancorchè non sussista alcun principio di pruova della dimanda o dell'eccezione sulla quale vien deferito; art. 1358 e 1360 c. c. = 1312 e 1314 ll. cc.

Ammettendo altronde che col fatto vi fosse ineguaglianza di posizione sotto tal rapporto tra le parti, ciocchè non crediamo perchè non dobbiamo occuparci che della loro *posizione giudiziale* e non della loro *posizione morale*, si risponderà con ragione che tanto peggio per quella che si limita ad allegare un vizio di forma, per negarsi ad eseguire un'obbligazione di cui venne fatta essa medesima giudice. Allorchè fu introdotta questa dottrina de' doppij originali, sicuramente non s'intese escludere il giuramento decisorio, e gli art. 1358 e 1360 c. c. di sopra citati sono parimenti la pruova che i compilatori del Codice neanche il vollero.

164. Ma l'atto di cui si tratta non potrebbe, a creder nostro, servire di principio di pruova per iscritto, sia per far ammettere la pruova testimoniale, sia per autorizzare il magistrato a deferire il giuramento suppletorio, o a decidersi col soccorso di presunzioni gravi, precise e concordanti: dev'es-

sere escluso dalla causa. Il Codice richiede uguaglianza di posizione e mezzi di pruova in coloro che formano convenzioni obbligatorie da una parte e dall'altra, e questa condizione manca evidentemente riguardo alla parte che non ebbe alcun atto, o che si considera non averne avuto se quello che vien prodotto dall'altra parte non contenga la menzione del numero di originali che dovettero esser fatti. Altronde la pruova morale essendo completa coll'atto medesimo, la pruova testimoniale non sarebbe più che un vano simulacro, la cui ammissione, abbenchè superflua per produrre il convincimento de' giudici, avrebbe per effetto di rendere obbligatoria riguardo ad una delle parti soltanto, un'obbligazione che l'altra poteva eludere a suo piacimento. Si conceda pure che quest'ultima deferisca il giuramento; che faccia puranche interrogare il suo avversario sull'esistenza della convenzione stabilita definitivamente prima dell'atto; costui poteva fare altrettanto; in guisa che l'uguaglianza di posizione giudiziale (e la legge non altro richiede) sussiste perfettamente sotto tal rapporto; come lo abbiamo dimostrato. Ma non sussisterebbe se l'atto, abbenchè nullo, desse ad uno di loro il mezzo di far ammettere la pruova testimoniale per istabilire la convenzione, quando l'altra fosse privata di tal vantaggio.

165. Il termine di dieci anni dal giorno dell'atto non ne sana il vizio, a creder nostro. Siccome l'atto non è obbligatorio se non sia stato confermato con la

volontaria esecuzione da parte di colui al quale viene opposto, non avvi azione di nullità o di rescissione da intentare contra questo atto medesimo: per conseguenza l'art. 1304 c. c. = 1258 ll. cc. non puossi applicare a tal caso. In qualunque epoca in cui ne fosse dimandata l'esecuzione, la parte potrebbe opporre di non essere vincolata da questo atto, perchè era nullo di pieno diritto: esso deve considerarsi come inesistente.

ART. IV.

Dei biglietti e delle semplici promesse unilaterali.

166. Vediamo ora la seconda specie di scritture private i cui effetti vengono dal Codice determinati, quelle che non contengono obbligazioni se non da un solo lato, a differenza di quelle di cui parla l'art. 1325 c. c. = 1279 ll. cc., le quali al contrario ne contengono reciproche.

« Il biglietto o la promessa per mezzo di scrittura privata, dice l'art. 1526 c. c. = 1280 ll. cc.,
 « colla quale una sola parte si obbliga verso l'altra
 « a pagarle una somma di danaro, o a darle altra
 « cosa valutabile, debbe essere scritto per intero
 « di mano di colui che lo sottoscrive, o per lo
 « meno è necessario che, oltre la sua firma, abbia scritto di propria mano un *buono* ovvero *ap-
 « provato* indicante in lettere per esteso la somma
 » o la quantità della cosa :

« È eccettuato il caso in cui l'atto si faccia da
« mercatanti , artigiani , coltivatori di campagna ,
« vignaiuoli , giornalieri , e persone di servizio ».

167. Così, tranne qualche modificazione, dispone-
va la dichiarazione del 22 settembre 1833, registrata
il 14 ottobre seguente , e che diceva :

« Vogliamo che tutti i biglietti in iscrittura pri-
« vata al possessore, ad ordine o diversamente *per*
« *valuta ricevuta in contante* , eccetto nondime-
« no quelli che saranno fatti da banchieri , ne-
« gozianti , mercadanti , manifatturieri , artigiani ,
« coltivatori di campi , vignaiuoli , giornalieri ed
« altri di simile qualità (1), siano di nessuno ef-
« fetto e valore , se il corpo del biglietto non sia
« di mano di colui che lo avrà sottoscritto , o al-
« meno se la somma contenuta nel detto biglietto
« non venga riconosciuta con un' approvazione scrit-
« ta in lettere per esteso anche di sua mano; in man-
« canza di che non potrà dai magistrati ordinarsi
« il pagamento.

« Vogliamo nondimeno che colui il quale rifiu-
« terà di pagare il contenuto nei detti biglietti o
« promesse , sia in obbligo di affermare con giu-
« ramento che non ne ha ricevuto il valore; e ri-
« guardo ai suoi eredi o rappresentanti , saranno
« soltanto tenuti ad affermare con giuramento che

(1) Vale a dire che erasi inteso eccettuare dalla disposizione, « gli
« atti necessarj pel commercio , o fatti da gente occupata alle arti o
« mestieri , o alla coltura delle terre » , come veniva espresso nel
« preambolo della dichiarazione.

« non hanno alcuna conoscenza di esser dovuti i
« detti biglietti ».

La dichiarazione conteneva inoltre una disposizione transitoria pei biglietti o promesse fatti precedentemente alla sua pubblicazione.

168. Erasi avuto per oggetto di prevenire le frodi e le sorprese, che possono facilmente commettersi, tanto coll'abuso di una sottoscrizione in bianco affidata per mandato o altra causa, o di una firma rinvenuta per caso, quanto apponendo in un biglietto o promessa veritiera una somma più considerevole di quella che doveasi, o una cosa diversa da quella che era dovuta; giacchè l'esperienza aveva da lungo tempo dimostrato che molte persone, per fiducia e leggerezza, sottoscrivono atti senza leggerne attentamente il contenuto.

Nondimeno parecchi giureconsulti credettero che questa legge fosse ugualmente cattiva e nella sua disposizione principale e nella sua eccezione; che fosse buona soltanto in quanto che dava ai giudici un mezzo da non ammettere, come *irregolari*, atti che la loro coscienza rigettava come falsi o come senza causa reale, senza averne la pruova giudiziale; ma che in molti casi eziandio servì a debitori in mala fede per dispensarsi dal pagare i più legittimi debiti.

E circa alla maggior parte delle persone eccettuate dalla disposizione, sono esse precisamente quelle che possono in facil modo essere vittime di una sorpresa o di una frode, per motivo della loro poca

abitudine a leggere atti. Ma da un altro canto non volevasi costringerli a ricorrere al ministero di un notaro per obbligazioni ordinariamente di poco valore.

169. Una precedente dichiarazione, del 1730, non si applicava soltanto ai *biglietti* o promesse *per valuta ricevuta in contante*, come quella del 1733; si applicava a qualunque specie di biglietti o di promesse in iscrittura privata, anche alle *quietanze*, e non conteneva alcuna eccezione in ragion della qualità de' sottoscrittori; ma essa non fu registrata che nei parlamenti di Digione e di Besanzone, e l'art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc. non si applica alle quietanze.

170. La dichiarazione del 1733 non si applicava, diciamo, che ai biglietti al possessore, ad ordine o diversamente, *per valuta ricevuta in contante*, mentrechè il citato art. 1326 si applica nella sua disposizione principale ad ogni specie di biglietti o di promesse, qualunque, ne sia la causa e l'oggetto, *somma di danaro o una cosa estimabile*. In fatti l'abuso di una sottoscrizione in bianco può aver luogo per tutt' altro che una somma, ed invece di una somma dovuta si potrebbe per inganno porre puranche un' altra cosa.

171. Laonde fu giudicato con arresto di cassazione del 12 gennaio 1814 (1), che esso si applica ad una ricognizione di deposito; e l'arresto decise inoltre:

(1) *Sirey*, 1814, 1, 33.

1.º Che la moglie di un mercadante non è per questo solo motivo riputata mercantessa, e che non avvi luogo in conseguenza di porla nella classe delle persone a cui riguardo fa eccezione la seconda parte dell'art. 1326.

2.º Che quando una dichiarazione di deposito sia nulla per non essersi fatta secondo il voto della disposizione principale del medesimo articolo, non avvi luogo ad esaminare se il deposito apportò alcun profitto all'incapace cui venne fatto; che in tal caso non puossi applicare l'art. 1926 c. c. = 798 II. cc.

Quest'ultimo punto è il solo che presenti qualche dubbio.

Nella specie erasi data a titolo di *deposito* una somma di 668 franchi ad una donna maritata non autorizzata da suo marito, il quale era mercatante. La dichiarazione non era stata scritta per intero di mano della moglie, e neanche andava rivestita del *buono o approvato* contenente in lettere per esteso la somma ricevuta, per conseguenza la somma che la moglie era obbligata a restituire, a pagare.

Dopo la morte della moglie fu dimandata la restituzione del deposito al marito, da lei istituito suo erede, ed il quale oppose che la moglie non si avea potuto validamente obbligare senz'essere autorizzata; che in ogni caso l'atto prodotto non era uniforme al voto dell'art. 1326; che non ebbe mai scienza alcuna del deposito, e che non conosceva la sottoscrizione di sua moglie.

Il tribunale d'Autunia ammise la dichiarazione come valida nella forma, nel che pensiamo che aveva torto, ed ordinò la verificaione della firma: ed « attesochè, giusta l'art. 1923 c. c. =
« 1795 ll. cc., il deposito dev'esser provato median-
« te scrittura soltanto; che queste specie di atti non
« sono soggetti ad alcuna forma; che l'art. 1326 del
« medesimo Codice non puossi applicare alla spe-
« cie; che se il fosse, la Changarnier si troverebbe
« nella eccezione contenuta in quest'articolo, poi-
« chè suo marito era mercatante, ed ella segue la
« di lui condizione (1); attesochè riguardo alla
« regolarità dell'atto di deposito di cui si tratta,
« abbenchè la moglie non abbia potuto obbligare
« suo marito senza una espressa autorizzazione,
« risulta dalle disposizioni dell'art. 1926 c. c. =
« 1798 ll. cc. che potè obbligare sè stessa; che per
« legge di equità, se ella vivesse tuttavia non po-
« trebbe sottrarsi alla dimanda contro di lei pro-
« dotta per la restituzione de' 668 franchi conte-
« nuti nell'atto di cui gli attori si prevalgono; che
« avendo istituito il marito suo erede, egli è sog-
« getto a tutte le azioni che si potrebbero speri-
« mentare contra di lei; che quantunque non si pos-
« sa rivendicare questo deposito, avvi azione di re-

(1) Ciocchè non era esatto in alcun modo, giacchè non trattavasi di *nazionalità*: per cui l'art. 220 c. c. = 209 ll. cc. non considera la moglie come pubblica mercantessa se non quando esercita un commercio separato da quello di suo marito, e non quando non altro fa che vendere a minuto le mercanzie di quest'ultimo.

« istituzione del medesimo, essendosi invertito a van-
 « taggio del depositario ; che tali regole trovansi
 « stabilite dai più dotti giureconsulti , e special-
 « mente da Pothier nel suo trattato *de' Contratti*
 « *di beneficenza e delle obbligazioni* : donde segue
 « ch'è questo il caso di rigettare le eccezioni del
 « convenuto ».

Ricorso in cassazione per contravvenzione dell'art.
 1326 c. c. = 1280 ll. cc. , per violazione degli art.
 217 e 225 c. c. = 206 e 214 ll. cc. , e falsa ap-
 plicazione dell'art. 1926 c. c. = 1798 ll. cc. ; e con
 arresto del 10 gennaio 1814 , cassazione ed annul-
 lamento in questi termini :

« Visto l'art. 1326 del Codice civile , ed atte-
 « sochè 1.^o se l'art. 1923 del medesimo Codice
 « richiede che un atto di deposito non possa pro-
 « varsi che per iscritto , non ne segue che l'atto
 « il quale lo comprovi sia dispensato dalle forme
 « che la legge coll'art. 1326 ha richiesto ; atteso-
 « chè 2.^o una scrittura esprimente dichiarazione
 « del deposito di una somma di danaro non può
 « essere considerata che come un atto unilaterale ,
 « il cui effetto è di obbligare il depositario a re-
 « stituire la somma a lui affidata ; donde risulta
 « che se non sia scritta di mano del depositario ,
 « non può esser valida che coll'approvazione della
 « somma ivi enunciata ; attesochè 3.^o la sentenza
 « impugnata non enuncia che la Changarnier fa-
 « cesse un commercio separato , nè eziandio che
 « fosse solita di tenere le scritture o sottoscrivere per

« suo marito , e che in conseguenza ha falsamente
 « applicato alla specie della causa l'eccezione enun-
 « ciata nel detto art. 1526 , pel solo motivo che
 « la moglie seguendo la condizione di suo marito
 « il quale era mercatante, non era obbligata di uni-
 « formarsi alla prima disposizione del medesimo
 « articolo; attesochè 4.^o applicando alla stessa spe-
 « cie la disposizione dell' art. 1926 del medesimo
 « Codice , per la ragione che la Changarnier aveva
 « tratto profitto dalla somma depositata , la sentenza
 « impugnata ha commesso un errore di dritto, in
 « quanto che questo articolo suppone necessariamem-
 « te che il deposito fatto alla persona incapace lo sia
 « stato in una forma che l'avrebbe validamente
 « obbligata senza della sua incapacità, e che nella
 « specie la Changarnier, quand'anche fosse stata li-
 « bera dalla potestà maritale , non avrebbe potu-
 « to essere validamente obbligata in virtù di una
 « dichiarazione che non contiene approvazione della
 « somma depositata ; la Corte cassa ed annulla, ec. »

Del resto , siccome l' obbligazione che nasce da un
 deposito si forma colla consegna della cosa, e non
 colla scrittura , se la realtà del deposito fatto all' in-
 capace fosse provata con altri modi ; se fosse simil-
 mente giustificato che la cosa ridondò in tutto o in
 parte a suo vantaggio , non v' ha alcun dubbio che
 l'incapace non ne sarebbe tenuto, non ostante la nul-
 lità dell'atto formato per provare il deposito. Ma
 nella specie la sentenza non provava in modo pec-
 cuniare che la moglie, o suo marito, erasi arricchita
 col deposito reclamato.

172. La Corte di cassazione giudicò similmente con arresto di cassazione del 7 giugno 1793, che la dichiarazione del 1733 si applicava ad una liquidazione di conto. Avvi minor dubbio che l'art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc. vi si applichi, poichè può applicarsi a qualunque promessa di pagare una somma o una cosa estimabile, e non soltanto, come la dichiarazione, ai biglietti o promesse *per valuta ricevuta in contante*.

173. La sua giurisprudenza tuttavia non fu uniforme sul punto se la dichiarazione si applicasse agli atti contenenti costituzione di rendita, come puossi scorgere da due arresti, uno del 17 termidoro anno X (1), profferito nel senso dell'affermativa, e l'altro del 13 fruttidoro anno XI (2) profferito nel senso della negativa. In generale dunque pare che si decise a seconda delle circostanze della causa. Ma vigente il Codice non può esservi dubbio che questi atti sieno soggetti alle medesime condizioni e formalità degli altri atti contenenti promessa da una sola parte di pagare una somma o *una cosa estimabile*.

174. Che anzi la Corte di Parigi decise che una dichiarazione di danaro mutuato, fatta in un contratto mediante scrittura privata, era soggetta alla disposizione dell'art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc. La frode in fatti può esistere sì in questo caso che in quello di una promessa ordinaria.

(1) *Giurisprudenza del Tribunale di cassazione*, anno X, 1.^a parte, pag. 353.

(2) *Sirey*, tomo IV, parte 2, p. 25.

175. Questa Corte aveva giudicato nel dì 8 pio-
voso anno x (1), che la dichiarazione del 1753 non
era applicabile all'obbligazione particolare di un fi-
deiussores, in una specie però in cui il debitore
principale era regolarmente obbligato; in diverso
modo il fideiussores avrebbe potuto invocare l'ec-
cezione di nullità, che sarebbe stata reale. Ma la
Corte di cassazione al contrario decise con arresto
di cassazione del 18 febbrajo 1822 (2), che la fi-
deiussione data da una donna non *pubblica mer-
cantessa*, ad un biglietto ad ordine sottoscritto da
suo marito non commerciante, era nulla, perchè
tale fideiussione, da lei non vergata, non era rive-
stita di un *buono o approvato* di sua mano, espri-
mente in lettere per esteso la quantità della cosa
garantita, abbenchè vi fosse altronde in piedi un
approvato, di sua mano, e messo prima della sua
sottoscrizione. Quest' approvazione in fatti non era
quella richiesta dalla legge.

Laonde tale arresto giudica chiaramente che la fi-
deiussione in iscrittura privata la quale non è un atto
di commercio va soggetta alla disposizione dell'art.
1326 c. c. = 1280 ll. cc., ancorchè sia data im-
mediatamente dopo l'atto garantito. E bisognerebbe
dire lo stesso, abbenchè fosse data nel corpo me-
desimo dell'atto: il fideiussores deve mettere puran-
che la sua approvazione in lettere per esteso della

(1) *Sirey*, tomo II, p. 518.

(2) V. l'arresto nel Repertorio di Favard, v. *Scrittura privata*,
sez. 1, § 3, n.º 8.

somma o della quantità della cosa per la quale si rende garante del debitore, se l'atto non sia scritto da lui per intero, e se altronde ei non si trovi nella classe delle persone eccettuate dalla disposizione.

176. Diversamente sarebbe della fideiussione o dell'avallo, apposto anche da persona non commerciante, ad un biglietto ad ordine sottoscritto da *un negoziante* ad un altro negoziante, come lo giudicò la medesima Corte con arresto di cassazione nel 25 gennaio 1814 (1). I terzi in fatti ai quali vien trasmesso il biglietto coll'avallo o fideiussione, non possono conoscere la qualità del datore d'avallo, e la buona fede e la sicurezza del commercio esigono che il loro titolo sia protetto contra i suoi richiami, fondati soltanto sull'inosservanza del prescritto dell'art. 1326 c. c. di sopra citato. Il richiede così la *natura* dell'effetto garantito.

177. Ben si comprende che debb'essere viemaggiormente lo stesso di un avallo apposto ad una lettera di cambio, anche da persona non negoziante; imperocchè questo datore d'avallo per tal ragione medesima divien giudicabile dai tribunali di commercio come il traente della lettera: egli con ciò fa atto di commercio.

Parimente la Corte di cassazione giudicò nel 10. messidoro anno XI, che la dichiarazione del 1733 non applicavasi nella sua disposizione principale alle lettere di cambio sottoscritte anche da persone non negozianti.

(1) Riferito nel Repertorio di Favard, v. *Avallo* n.º 4.

In vece che nel 27 gennaio 1812 decise al contrario che essa applicavasi, del pari che il citato art. 1326, anche ai biglietti ad ordine sottoscritti da persone non negozianti.

Siffatta differenza sussistente tra queste due specie di effetti servì di motivo alla diversità di tali risoluzioni. Colui il quale, abbenchè non commerciante, sottoscrive una lettera di cambio, si è sostenuto da taluno, si pone talmente nella classe de' commercianti circa alle conseguenze della sua obbligazione, che divien giudicabile dai tribunali di commercio, e soggetto all'arresto personale, come il sarebbe un negoziante; mentrechè il traente di un biglietto ad ordine vien sì poco riputato negoziante per tal fatto, che non è giudicabile dal tribunale di commercio; ammenochè il biglietto non abbia avuto per causa un'operazione commerciale: soltanto se il biglietto contenga sottoscrizioni di negozianti e di non negozianti, il tribunale di commercio è competente a giudicarne, ma non può pronunziarne l'arresto personale se non contra gli individui negozianti e coloro che si sono obbligati per operazione di commercio. Tuttociò sorge dalla combinazione degli articoli 632, 636 e 637 c. com. = 3, 615 e 616 ll. ecc. com.

Ma se la lettera di cambio fosse considerata semplice promessa; ai termini degli art. 112, 113 e 114 del medesimo Codice = 111 e 113 ll. ecc. com., allora l'art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc. si potrebbe applicare tanto al traente che al datore di avallo,

salvo le eccezioni desunte dalla qualità delle persone.

178. E debbesi dir puranche che la disposizione principale si applica ai biglietti ad ordine sottoscritti da una persona non commerciante, abbenchè per fatto di commercio; giacchè non un fatto isolato di commercio costituisce il commerciante, ma l'abitudine delle operazioni commerciali (art. 1. c. com. = 2. ll. ecc. com.): or il citato art. 1526 non istabilisce l'eccezione che per ragion della *qualità della persona*, e non per ragione della *natura della convenzione*. Se opinammo in contrario nel caso di un avallo o di una fideiussione apposta da una persona non negoziante ad un biglietto ad ordine tratto da un negoziante ad un altro negoziante, è perchè in tal caso l'effetto medesimo era eccettuato dalla disposizione principale dell'articolo, ed i terzi che lo ricevettero coll'avallo dovettero credere che questo avallo fosse dato secondo il voto della legge, essendo apposto ad un effetto esente, per ragione della qualità del traente, dalla formalità del buono o dell'approvato.

179. Ma abbenchè l'articolo si serva di queste parole *una sola parte*, non deesene conchiudere che non s'intese prescrivere la formalità se non pel caso in cui il biglietto o la promessa non fosse sottoscritta *che da una sola persona*, perchè in fatti è da temersi meno la frode quando lo scritto sia firmato da molti, che quando lo sia da un solo, e perchè è men facile abusare di una firma in bianco: la disposizione si applica sì ai biglietti o promesse

unilaterali sottoscritte da molti, anche solidamente, come a quelle che non sono sottoscritte se non da un solo; queste promesse appunto si ebbero in mira dicendo *una sola parte*, come se si fosse detto *da un solo lato*. Il citato art. 1326 è contrario all'articolo precedente, in cui si tratta *delle convenzioni sinallagmatiche*. Taluni arresti della Corte reale avevano tuttavia giudicato l'opposto, ma la Corte suprema pose termine ad ogni incertezza a tal riguardo coi suoi arresti degli 8 agosto 1815 e 6 maggio 1816 (1), annullando le decisioni delle Corti di Parigi e di Douai che al contrario avevano giudicato valido, anche riguardo alla moglie, il biglietto sottoscritto solidamente da due coniugi, al quale la moglie non aveva apposto il *buono* o *l'approvato* esprime in lettere per esteso la somma, e che non era scritto di sua mano.

180. Quindi allorchè uno de' sottoscrittori, solidali oppur no, sia commerciante, lavoratore, ec., o che il biglietto o la promessa sia scritta per intero di sua mano, *vx* esente dalla formalità del *buono* o del *l'approvato* indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa promessa; ma l'altro o gli altri sottoscrittori che non sono in una delle classi eccettuate, non vanno esenti da tale formalità. Per conseguenza allorchè un marito negoziante sottoscrive con sua moglie un biglietto o una pro-

(1) V. il primo di questi arresti colla specie nel Repertorio di Favard, v. *Biglietto al possessore*, n.º 2; ed il secondo, nella Raccolta di Denevers, 1816, pag. 257.

messa, se la moglie, supposta non pubblica mercantessa, non distende ella medesima il biglietto, la formalità è richiesta a suo riguardo.

Indarno si sostenne in un caso in cui due coniugi eransi obbligati solidamente, che la solidalità rende comune all'uno ciocchè utilmente fu fatto coll'altro: era questa una petizione di principj, poichè la quistione precisamente consisteva in sapere se vi fosse solidalità; or non potea ciò sostenersi se non quando la moglie fosse stata validamente obbligata, ed ella sosteneva, e con ragione, che non lo era con questo atto.

181. Se l'obbligazione fu sottoscritta solidamente, non cade dubbio che colui o coloro i quali sono validamente tenuti coll'atto, non possano essere convenuti e condannati a pagare l'intero debito, poichè avverrebbe così nel caso in cui tutti i sottoscrittori dell'atto fossero regolarmente obbligati; art. 1200 c. c. = 1153 ll. cc. Ma se l'obbligazione, abbenchè contratta congiuntamente da molti, non fu nondimeno con clausola di solidalità, avvi dubbio sul punto se coloro i quali sono validamente tenuti coll'atto, quando altri non lo sono, possano essere astretti a pagare eziandio la parte di questi ultimi nel debito; giacchè puossi dire di esser come se i primi si fossero obbligati essi soli a questo medesimo debito. Nulladimeno crediamo che debbano soltanto la loro parte, perchè non intesero obbligarsi che a ciò, ed il creditore medesimo, che non chiese la solidalità, o che non potè ottenerla, non intese

ugualmente averli per obbligati se non per la parte di ciascuno di essi nel debito, posto riguardo al numero di coloro che sottoscrissero l'atto.

182. Come più innanzi si disse, allorchè viene dimandata l'approvazione, non basta che sia concepita in questi termini: *approvo quanto di sopra è scritto*; è d'uopo un'approvazione indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa, secondo più volte il decise la Corte di cassazione, specialmente coll'arresto di cassazione del 18 febbrajo 1822, citato nel medesimo luogo; e giudicavasi allo stesso modo nell'antica giurisprudenza, come può vedersi in Denizart, v. *Biglietti*.

183. Ma dal perchè l'approvazione dev'essere posta *in lettere per esteso*, allorchè sia richiesta, non convien da ciò conchiudere che l'atto sarebbe nullo pel solo motivo che la somma o la quantità della cosa fosse espressa in cifre nel corpo dell'atto scritto per intero di mano del debitore, o sottoscritto da un negoziante, ecc., e che per tali cagioni non avesse un *buono o approvato* indicante in lettere per esteso questa somma o questa quantità; giacchè nè l'art. 1526, nè alcun altro prescrivono di porre le somme in lettere per esteso. Avvi al certo bastante pericolo di porle in cifre, e vieppiù in queste specie di atti che in quelli fatti in doppio o triplo originale; ma in fine il Codice non vieta di farlo, e la legge del 25 ventoso anno XI (art. 13), non pronunzia pure che una semplice multa contro il notaro che abbia scritto le somme o le date in cifre.

184. Per giudicare se il sottoscrittore di un atto fosse esente dalla formalità del *buono o approvato*, è necessario attenersi alla qualità che egli aveva al tempo dell'atto, e non a quella che avesse al tempo della scadenza del debito, o a tempo della dimanda di pagamento. Così, per esempio, se egli fosse negoziante al tempo dell'atto, abbenchè di poi abbia cessato di commerciare, non potrà eccepire la mancanza delle formalità; come in senso inverso potrà eccepirlo, se non sia divenuto commerciante che dopo l'atto.

La quistione riguardo alla qualità della persona al tempo dell'atto, è una quistione di fatto, che per conseguenza è nelle facoltà del giudice, la cui sentenza può essere riformata in appello come un *mal giudicato*, ma che sarebbe al coperto della censura della Corte suprema.

Ma quando la sentenza dichiara valido l'atto, come non essendo il caso di applicarsi la disposizione principale dell'art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc., a causa della professione del sottoscrittore, è necessario che egli provi in fatto tale professione.

185. L'atto nullo per contravvenzione dell'art. 1326 non divien valido pel silenzio del sottoscrittore per dieci anni dal giorno in cui fu sottoscritto, ed anche dalla scadenza: l'art. 1304 c. c. = 1258 ll. cc. non è applicabile a questi atti, attesochè essi non provano la realtà del debito dopo dieci anni dalla loro data vie maggiormente che fra dieci anni. Colui al quale viene opposto non procede con *azione* per

nullità o per rescissione, ma con eccezione di nullità di questo medesimo atto, considerato come pruova dell'obbligazione, il cui pagamento vien dimandato: è presentato come pruova, è come pruova rigettato, giacchè questa pruova non ha maggior forza presentemente che in tempo in cui l'atto fu sottoscritto; lo che fa che il precitato art. 1504 sia estraneo alla causa. Se fosse altrimenti, chi avesse commesso una frode, o abusato di una firma in bianco, attenderebbe per procedere che fossero scorsi dieci anni.

186. Rimane a trattare sui biglietti o promesse irregolari le seguenti quistioni:

1.^o Se il creditore possa deferire il giuramento al convenuto sul fatto del debito;

2.^o Se possa farlo interrogare sopra fatti e loro circostanze;

3.^o Se lo scritto possa servire di principio di pruova, atta a far ammettere la pruova testimoniale, o ad autorizzare il giudice, in virtù dell'art. 1353 c. c. = 1307 *Il. cc.*, a decidersi secondo le presunzioni che la legge lascia alla prudenza ed ai lumi suoi.

187. Circa alla prima quistione, non avrebbe essa formato il menomo dubbio sotto l'impero della dichiarazione del 1753, la quale riservava espressamente all'attore il dritto di deferire il giuramento al reo, affinchè dichiarasse se mai avesse ricevuto il valore, e che l'autorizzava anche a deferirlo ai suoi eredi perchè dichiarassero, se crede-

vano che il biglietto fosse oppur no dovuto ; ed a parer nostro , non dovrebbe formarne di vantaggio vigente il Codice. Non pertanto una decisione della Corte di Parigi del 5 settembre 1816 (1) , riformando una sentenza del tribunale di prima istanza della Senna , la quale aveva riguardato l'atto come un principio di pruova scritta , idonea a far ammettere la pruova testimoniale, giudicò con un suo considerando (e senza necessità nella causa , poichè non era questo il punto della controversia sottoposta alla Corte), che neanche avvi luogo vigente il Codice a deferire il giuramento al convenuto, « attesochè, dice la decisione, la formalità pre-
« scritta dall' art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc., è ve-
« ramente costitutiva dell'atto, e la sua omissione
« non produce unicamente una presunzione di sem-
« plice frode , ma una presunzione assoluta ;

« Che ciò da una parte risulta dal confronto di
« questo articolo con la dichiarazione del 1733, la
« quale in mancanza dell' *approvato* della somma
« in lettere per esteso , autorizzava a richiedere il
« giuramento dal convenuto , *il che non permette*
« *l'articolo del Codice , più rigoroso in ciò della*
« *dichiarazione del 1733 ;*

« Da un'altra parte, dal confronto di questo me-
« desimo articolo col complesso del titolo , in cui
« il legislatore, dopo avere stabilito le forme costi-
« tutive dell'atto autentico , e quelle dell'atto si-

(1) *Sirey* , 17, 2, 599.

« nallagmatico , in iscrittura privata , venendo al-
« l'atto unilaterale , e determinando la forma in
« cui dev' essere disteso , prescrive ugualmente la
« formalità di cui si tratta come essenziale alla for-
« mazione dell'atto ;

« Che è contrario ad ogni regola che sia presenta-
« to come principio di pruova scritta un atto ripro-
« vato dalla legge come sospetto , e che una tale
« regola, la quale tenderebbe ad ammettere la pruo-
« va testimoniale in tutte le convenzioni di questa
« natura , sarebbe di pericolosa conseguenza , ec. »

Ammettendo che la formalità sia *costitutiva del-
l'atto* , come lo dice la decisione , non è essa *co-
stitutiva del debito*, poichè il debito può benissimo
esistere senza l'atto ; per esempio, se si trattasse di
un mutuo , l'obbligazione di restituire i danari
mutuati risulterebbe dal solo fatto di averli rice-
vuti , giacchè niuno deve arricchirsi a spese altrui.
L'atto senza dubbio non *provverebbe* il debito , poi-
chè è irregolare , ma la pruova delle obbligazioni
può farsi ancora con altre vie che per mezzo di atti. Il
giuramento soprattutto può essere deferito sopra qua-
lunque specie di controversia, anche senza che esi-
sta un principio di pruova della dimanda o del-
l'eccezione sulla quale è provocata (art. 1358 e
1360 c. c. = 1312 e 1314 ll. cc. insieme combina-
ti) : basta soltanto a tal uopo che il fatto su cui
è deferito possa servire di fondamento ad un dritto
o ad una eccezione , e che la convenzione stessa
non sia nulla secondo la legge , come lo sarebbe ,

per esempio, una donazione o una convenzione d'ipoteca non fatta in forma legale, nei quali casi in effetti non vi sarebbe luogo a deferire il giuramento sul fatto della convenzione, poichè quando anche fosse confessata, non addiverrebbe per ciò viemaggiormente valida; sarebbe allora il caso della regola *frustra probatur, quod probatum non relevat*. Ma ciò non può dirsi di un mutuo o di una promessa avente la sua causa in un fatto preesistente all'atto: il giuramento allora può essere deferito sul fatto del debito, e se l'art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc. non riproducesse a tal riguardo la disposizione letterale della dichiarazione del 1753, è per la semplicissima ragione che erasi per parlare in appresso, nel medesimo titolo, del giuramento in generale, e stabilire per massima *di potersi deferire sopra qualsivoglia specie di controversia, ancorchè non esista alcun principio di pruova della domanda o della eccezione sulla quale è provocato*; per cui diveniva inutile di formarne una disposizione speciale nel detto art. 1326. E se i compilatori della dichiarazione del 1753 credettero di doverlo spiegare, egli è perchè ciò diveniva utile quante volte si diceva: *in mancanza di che non potrà ordinarsene il pagamento dai tribunali. . . . vietiamo a tutti i nostri giudici di ordinarne il pagamento*. Imperocchè i tribunali avrebbero potuto credere che un divieto concepito in termini così assoluti non ammettesse alcuna eccezione, ed in conseguenza che non eravi anche luogo ad ordina-

re il pagamento, sul rifiuto fatto dal reo di prestare il giuramento che gli avesse deferito l'attore; che quindi non eravi luogo a deferirlo. Ma siccome ciò sarebbe stato contrario a tutte le regole dell'equità e del dritto, la dichiarazione spiegossi formalmente. Or l'articolo del Codice non vieta pure ai giudici di ordinare il pagamento del biglietto o della promessa, non essendo esso concepito in termini così imperativi: come dunque da un'altra banda si potrebbe pretendere di non aver voluto permettere all'attore di deferire il giuramento al convenuto, sol perchè non parla di questa facoltà? E qual potrebbe essere il motivo di simile interdizione, e di così espressa opposizione con le regole sul giuramento? Non avviene in realtà alcuno. L'attore avrebbe potuto formare la sua dimanda senza titolo, ed in tal caso deferire il giuramento: stante ciò, come mai non potrebbe deferirlo nella specie in cui ha un titolo, irregolare ben vero, ma quando precisamente questo titolo è riputato perciò non avvenuto? potè anche non parlarne. Quindi il *considerando* della suddetta decisione non potrebbe reggere al più lieve esame.

Il giuramento può anche deferirsi all'erede di colui che firmò lo scritto, non sul fatto medesimo che produsse l'obbligazione, poichè questo fatto non gli è personale, ma, come vigente la Dichiarazione, perchè dica se mai sappia di esser dovuta la cosa; e sempre in tal senso vien deferito il giuramento agli eredi; art. 2275 c. c. = 2181 ll. cc. e 189 c. com. = 195 ll. ecc. com.

188. Stante ciò, devesi facilmente scorgere di riconoscere da noi che l'attore ha pure il diritto di far interrogare il convenuto sul fatto del debito : la confessione della parte è ugualmente un modo di stabilire le obbligazioni ; è questo un genere di pruova (art. 1316 e 1556 c. c. = 1270 e 1310 ll. cc.) : quindi, giusta l'art. 324 c. pr. = 418 ll. pr. civ., in tutte le materie ed in qualunque stato della causa le parti possono chiedere di farsi interrogare vicendevolmente sopra i fatti e le circostanze relative soltanto alla materia sulla quale cade controversia.

189. Circa alla terza , cioè se l'atto irregolare possa servire di principio di pruova scritta, la giurisprudenza offre dottrina pro e contra. La Corte di Torino con sua decisione del 20 aprile 1808 , giudicò l'affermativa , sul fondamento che lo scritto la cui firma è riconosciuta o considerata come riconosciuta , rende *verisimile* il fatto allegato , e presenta in conseguenza le condizioni richieste dall'art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc. , perchè un atto possa servire come principio di pruova scritta.

La Corte di Parigi , secondo si è veduto , giudicò al contrario che l'atto nè anche poteva servire come principio di pruova ; e quella di cassazione riformando una sentenza del tribunale della Senna , del 31 agosto 1811, con arresto del 5 novembre 1812 (1) decise uniformemente alla Corte di Parigi.

(1) *Sirey*, 13, 1, 55, *Repertorio* di Favard, v. *Scrittura privata*, sez. 1°, § 3. n.º 13.

Nella specie trattavasi di un biglietto di 600 franchi, firmato ma non già scritto, da una persona la quale non era compresa fra quelle che sono dispensate dalla formalità di apporre in tal caso di proprio pugno il *buono* o *approvato* esprimente in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa, e questa formalità non era stata adempiuta. Nondimeno il tribunale di prima istanza, considerando l'atto come un principio di pruova scritta, e per diversi fatti della causa allegati dall'attore credendo puranche di esistere il debito, condannò il convenuto a pagarne l'importare, anche senza che fosse somministrata alcuna pruova testimoniale; imperocchè i giudici possono determinarsi in forza di presunzioni gravi, precise e concordanti, nei casi in cui la legge ammette le pruove testimoniali (art. 1353 c. c. = 1307 ll. cc.): or la legge (art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc.) ammette la pruova testimoniale allorchè avvi un principio di pruova scritta. Ma la sentenza fu cassata in questi termini:

« Veduti gli art. 1326 e 1341 c. c. = 1280 e
 « 1295 ll. cc. ; considerando che è riconosciuto ed
 « avverato in fatto, che il biglietto di cui trattasi
 « non è scritto di pugno di chi lo ha firmato; che
 « non è munito de' *buono* o *approvato*, richiesto
 « dal suddetto art. 1326; che infine il sottoscrittore
 « non trovavasi in alcuna delle classi eccettuate da
 « questo articolo: donde segue che in diritto il bi-
 « glietto di cui trattasi era senza effetto ai termini

« della disposizione del detto articolo, e quindi la
 « sentenza impugnata condannando la vedova Fradiel
 « a pagare l'importare di questo biglietto, e mo-
 « tivando questa condanna, non sopra un titolo di
 « credito che dichiara di esistere, ma soltanto so-
 « pra una vana enunciazione di fatti da essa non
 « articolati, e di documenti da cui neanche enun-
 « cia di essere risultato un principio di pruova
 « scritta, ha contravvenuto agli art. 1326 e 1341
 « di sopra citati: per questi motivi, la Corte cas-
 « sa, ecc. (1).

Nondimeno la stessa Corte di cassazione formal-
 mente giudicò con suo arresto del 30 aprile 1807 (2),
 che la sentenza in ultima istanza o la decisione,
 profferita sulla quistione di conoscersi quali docu-
 menti formino un principio di pruova scritta, non
 può essere sottoposta a cassazione, giacchè la legge
 si rimise alla coscienza de' magistrati per ciò che sienò
 caratteristiche dell'atto idoneo a servire come prin-
 cipio di pruova scritta (3), come anche per le pre-

(1) La Corte di Bruxelles con decisione del 15 agosto 1811 (*Sirey*, 12, 2, 277) giudicò del pari che il biglietto semplicemente munito della firma del convenuto non era un principio di pruova scritta. Ma nella specie trattavasi di provare che il convenuto aveva apposta la sua firma allo scritto: or quando anche lo avesse confessato, ciò non faceva che l'obbligazione fosse reale.

(2) *Sirey*, tomo 7, *Addizioni*, pag. 1119. V. pure la stessa *Raccolta*, tomo XIX, part. 1, p. 160.

(3) Ammettendo nondimeno che emani da colui al quale viene op-
 posto o dal suo autore (art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc.); salvo il
 caso in cui la legge, con una speciale disposizione, dichiara l'atto
 idoneo a servire qual principio di pruova, benchè non sia stato scritto

sunzioni che lascia alla loro prudenza, e giacchè investì la Corte di cassazione del dritto soltanto di reprimere le espresse violazioni della legge.

Laonde sembra che quella Corte abbia cangiata la sua giurisprudenza sul punto in controversia, decidendo con suo arresto del 2 giugno 1823 (1) che una dichiarazione di deposito non iscritta di pugno di chi ha firmato, e contenente solo queste parole con la sottoscrizione, *buono come sopra*, avea potuto servire come principio di pruova scritta, idonea ad autorizzare i giudici ad ammettere la pruova testimoniale. Le parole dell'arresto sono importanti, in quanto che par che esprimano il vero senso di questo art. 1326, il quale diè luogo a tante discussioni, anche sul solo punto ora in controversia:

« La Corte considerando che non è esatto il pre-
 « sentare l'art. 1326 come quello che interamente
 « riproduce la dichiarazione del 2 settembre 1733;
 « che la medesima dichiarava *di niun effetto e va-*
 « *lore* i biglietti in iscrittura privata non vergati
 « da chi vi aveva apposta la firma, ammenochè
 « non contenessero un'approvazione di sua mano
 « in lettere per esteso della somma espressa nei bi-
 « glietti, e vietava di ordinarne il pagamento in
 « giudizio; che il detto art. 1326 non ha pro-

da colui al quale si oppone, o da quello di cui egli è il rappresentante: come nei casi preveduti nell'art. 1335 — 2 in fine e n.º 3 c. c. = 1289 ll. cc., e nell'art. 1336 c. c. = 1290 ll. cc.

(1) *Sirey*, 23, 1, 294.

« nunziato nè *la nullità di simili biglietti*, nè il
 « *divieto di ordinarne il pagamento*; che se que-
 « sto articolo dispone di *dover essere simili biglietti*
 « *scritti per intero di mano di colui che li sotto-*
 « *scrive*, o per lo meno che, oltre la sua firma,
 « *abbia scritto di propria mano un buono ovvero*
 « *un approvato* indicante in lettere per esteso la
 « *somma enunciata nei detti biglietti*, ne risulta
 « *soltanto che i medesimi, scritti di mano estra-*
 « *nea*, e non muniti dell'approvazione richiesta
 « dall'art. 1326, non fanno fede per sè stessi, e
 « non possono da per sè soli autorizzare una con-
 « danna. Ma questo art. 1326 non nega loro il
 « *merito di poter formare un principio di pruova*
 « *scritta*, allorchè, come lo dice l'art. 1347 c.
 « c. = 1301 ll. cc., rendano verisimile il fatto alle-
 « gato, e non si elevi altronde alcun sospetto di
 « frode. Quindi nella specie, in cui il principio di
 « *pruova scritta esisteva nella firma del biglietto*,
 « *nelle parole scritte da chi lo avea firmato, buono*
 « *come sopra*, ed in cui il tribunale di Bezièrs
 « *riconobbe che le circostanze della causa facevano*
 « *oltre modo presumere la verità del debito*, il
 « *detto tribunale potè, senza contravvenire ad alcun*
 « *articolo del Codice civile, ammettere la conve-*
 « *nuta a provare per mezzo di testimoni che Rosa*
 « *Féan avea più volte riconosciuto doverle una*
 « *somma di 1000 franchi, di cui le avea formato*
 « *un atto di deposito; per questi motivi, riget-*
 « *ta, ec.* »

190. Tale arresto lascia dunque alla prudenza de' magistrati il valutare le caratteristiche dell'atto come principio di pruova scritta, idonea oppur no a far accogliere la pruova testimoniale. Ma in linea di conseguenza, ciò è anche un dire implicitamente che essi possono dèterminarsi col soccorso delle presunzioni dalla legge lasciate alla loro prudenza, poichè vi sono autorizzati nei casi in cui essa ammette le pruove testimoniali (art. 1353 c. c. = 1307 *ll. cc.*), e giacchè le ammette quando avvi un principio di pruova scritta ; art. 1347 c. c. = 1301 *ll. cc.* Nondimeno essi dovrebbero essere vie più circospetti a decidersi col solo soccorso delle presunzioni, se risultassero soltanto dall'atto, che ad ammettere la pruova testimoniale, che accresce molto queste medesime presunzioni.

Del resto la pruova testimoniale non sarebbe decisiva, se cadesse unicamente sul fatto della firma, che i testimoni dichiarassero di essersi dal convenuto apposta allo scritto, imperocchè ciò non proverebbe la realtà dell'obbligazione vieppiù che non la proverebbe il semplice riconoscimento che il convenuto facesse della sua firma, o la verificaione che fosse fatta di essere appunto la sua : bisogna adunque che i testimoni depongano puranche di aver essi una conoscenza personale del debito, perchè lo videro contrarre, o perchè intesero dichiarare dal debitore di doverlo, sia quando firmava, sia prima, sia dopo.

191. Se l'atto deve o può almeno esser conside-

rato come un principio di pruova scritta, e se in conseguenza i giudici possono decidersi secondo presunzioni gravi, precise e concordanti, poichè lo possono nei casi in cui è ammissibile la pruova testimoniale, e lo è quando avvi un principio di pruova scritta, devesi dire eziandio che essi possono deferire il giuramento di officio; imperocchè una dimanda non è totalmente sfornita di pruova allorchè avvi un principio di pruova scritta: or quante volte la dimanda non sia totalmente sfornita di pruova, può il giudice deferire il giuramento di officio, o *suppletorio*; art. 1367 c. c. = 1321 ll. cc.

192. L'art. 1327 c. c. = 1281 ll. cc. dispone che quando la somma espressa nel corpo dell'atto è diversa da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore, ancorchè l'atto ugualmente che il *buono* sieno scritti per intero di mano di colui che si è obbligato; purchè non si provasse in qual parte sia precisamente l'errore.

Questa presunzione è attinta dalla regola *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*; l. 9, ff. *de reg. juris*.

Pothier dice nondimeno che quando taluno si dichiara depositario di una certa somma; secondo la nota delle monete annessa all'atto, è dovuta la somma composta delle monete espresse nella nota, abbenchè quella espressa dall'atto fosse diversa, attesochè è in questo caso un errore di calcolo. Ciò non

è dubbioso ; ma quel che avrebbe potuto esserlo senza la disposizione di questo art. 1327, è la questione se l'atto parimente che il *buono* essendo scritti per intero di pugno del debitore , e consistendo il *buono* in una somma minore , convenisse attenersi al buono ; giacchè non era necessario alla validità dell'atto ; per lo che si sarebbe potuto riguardarlo come una supererogazione , impotente per questo stesso motivo a distruggere la parte utile dell'atto.

193. Del resto l'articolo permette di provare in qual parte sia l'errore ; e questa pruova può anche farsi per mezzo di testimoni , poichè l'atto è almeno un principio di pruova scritta nella parte che esprime la somma minore , soprattutto quando l'atto ed il *buono* siano scritti di pugno del debitore.

E poichè sarebbe ammissibile la pruova testimoniale , il giudice potrebbe anche decidersi in forza delle presunzioni gravi , precise e concordanti emergenti dai fatti della causa , giacchè la legge lo autorizza a farla nei casi in cui sono ammesse le pruove testimoniali ; art. 1353 c. c. = 1307 II. cc. È questo uno di quei casi in cui la semplice presunzione della legge cederebbe a presunzioni di fatto rimesse alla prudenza del magistrato per far le veci di pruova ; ma appunto per la ragione che la legge medesima autorizzò la pruova contraria.

194. Porremo termine all'esame della materia de' biglietti e delle semplici promesse , facendo osservare che generalmente non fanno fede contra co-

lui che li sottoscrisse, allorchè si trovino in suo potere, quantunque non sieno nè cassati, nè *quietanzati*. Se avvi eccezioni, esse sono rare, e nascerrebbero da talune circostanze particolari.

Così, se mai si trovi sigillato tra le mie robe un biglietto firmato da me, col quale dichiaro di doverti una data somma, deve presumersi o che io avessi scritto questo biglietto colla speranza che voi mi mutuereste questa somma, e che non essendo avvenuto il mutuo, mi è rimasto il biglietto ed ho io trascurato di annullarlo, o che essendo avvenuto il mutuo, è stato esso soddisfatto, ovvero che è stato rimesso il debito; art. 1282 c. c. = 1236 ll. cc.

Avvien lo stesso delle quietanze, comunque degna di favore sia altronde la liberazione: allorchè esse si trovino in mano del creditore, devesi supporre che le aveva fatte anticipatamente, sperando un pagamento il quale non è avvenuto. Torneremo fra poco a parlare di ciò.

ART. V.

Dei registri dei mercatanti.

195. L'art. 1529 c. c. = 1283 ll. cc. dice che i registri dei mercatanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate, contra quei che non sono mercanti; salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento.

E l' art. 1330 c. c. = 1284 ll. cc., che i libri de' mercatanti fanno pruova contro di essi, ma che colui il quale vuole trarne vantaggio non può scinderli in ciò che contengono di contrario alla sua pretensione.

Quest' ultima disposizione è basata su quella massima de' dottori (1), *fides scripturæ est indivisibilis*.

Tali sono le sole disposizioni del Codice civile, per riguardo ai registri de' mercatanti. Ed in fatti le regole su quest' oggetto dovevano trovarsi nel Codice di commercio.

196. Prima di rimembrarle, faremo osservare che queste parole del menzionato art. 1329, *salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento*, non significano soltanto che il mercatante potrà deferire il giuramento decisorio a chi non è mercatante, sul fatto di una somministrazione che pretendesse di aver eseguito verso di lui, giacchè lo potrebbe senza addurre il suo registro, essendo lecito deferire il giuramento sopra qualsivoglia specie di controversia (art. 1358 c. c. = 1312 ll. cc.), ancorchè non esista alcun principio di pruova della domanda o della eccezione sulla quale è chiesto (art. 1360 c. c. = 1314 ll. cc.); e così intese queste parole, non significherebbero assolutamente cosa alcuna: or bisogna intendere le leggi, non meno che i contratti, in un senso secondo il qua-

(1) Sulla l. 43, nel Cod., *de transactionibus*.

le possono produrre qualche effetto, anzichè in un senso secondo cui non ne produrrebbero alcuno. Queste espressioni voglion dire adunque che potrà esservi luogo al giuramento suppletorio, o deferito dal giudice, giacchè la dimanda se non sia provata non è nulladimeno totalmente sfornita di prova. Così opinava Molineo, Boiceau e Pothier; ma bisogna; a parer loro, che il mercatante goda di una buona riputazione, e che la somministrazione sia verisimile, in ragione della quantità di cose o di derrate di cui fosse dimandato il prezzo. Sembra pure che Boiceau richiedeva inoltre che fosse stabilito di essere solito il convenuto a servirsi dall'attore.

197. Secondo l'art. 8 c. com. = 16 ll. ecc. com., ogni negoziante è in obbligo di tenere un giornale, il quale presenti giorno per giorno tutti i suoi debiti e crediti, le operazioni del suo commercio, le sue negoziazioni, le accettazioni o girate di effetti, e generalmente tuttociò che riceva e paghi a qualunque titolo, e nel quale sono benanche registrate mensualmente le somme adoperate per la spesa di sua casa; il tutto indipendentemente dagli altri libri di cui si fa uso nel commercio, ma che non sono indispensabili.

È in obbligo di conservare in fascicoli le lettere missive che riceve, e di copiar quelle che spedisce. È tenuto di fare in ciascun anno un'annotazione privata de' suoi effetti mobili ed immobili e de' suoi crediti e debiti, e di copiarla di anno in anno so-

pra un registro particolare a ciò destinato ; art. 9 e. com. = 17 *ll. ecc. com.*

Il giornale ed il libro dell'inventario debbono essere numerati e cifrati una volta l'anno.

Il copialettere non è sottoposto a questa formalità.

Tutti tre questi libri saranno tenuti per ordine di data, senza spazj in bianco, lacune o postille in margine ; art. 10 c. com. = 18 *ll. ecc. com.*

I suddetti libri che ciascun commerciante è obbligato di tenere in forza dei suddetti art. 8 e 9, debbono essere vistati, numerati e cifrati, o da uno de' giudici del tribunale di commercio, o dal sindaco o dal suo aggiunto, nella forma ordinaria e senza spesa. I commercianti sono obbligati di conservare tali libri per dieci anni; art. 11 c. com. = 20 *ll. ecc. com.*

198. I libri di commercio, regolarmente tenuti, possono venire ammessi dal giudice per pruova tra commercianti in affari di commercio ; art. 12 c. com. = 24 *ll. ecc. com.*

Ma perchè si reputino regolarmente tenuti, non è necessario che le annotazioni siensi scritte dal commerciante medesimo: ciò avvien pure di rado nell'alto commercio. Talmente che un articolo scritto da qualcuno solito a scrivere sul registro del mercatante, come a dire un commesso o colui che tiene i libri, o la moglie del mercatante, farà fede contra di lui, come se lo avesse egli medesimo scritto.

I libri che i commercianti sono in obbligo di tenere, e pei quali essi non avessero osservate le formalità di sopra prescritte, non possono essere esibiti nè far fede in giudizio *a favore di quelli che gli avranno tenuti*; salvo ciocchè vien dichiarato nel titolo de' fallimenti e delle bancarotte, art. 15 c. com. = 26 ll. ecc. com.

Ma è chiaro che, quantunque irregolarmente tenuti, possono invocarsi dall'avversario; giacchè colui che gli ha mal tenuti, come l'osserva Pothier, non deve prevalersi della propria negligenza. Pur-tuttavolta non può l'altra parte, giusta l'art. 1530 c. c. = 1284 ll. cc., scindere le scritture in tutto ciò che contenessero di contrario alla sua pretesione. Quindi se i libri enunciano una somministrazione ricevuta ed un pagamento effettuato, i due articoli dovranno esser presi nel loro complesso, salvo all'attore il provare con altre vie la somministrazione da lui fatta, ed al convenuto il pagamento che pretende di aver effettuato.

199. La comunicazione di qualunque libro mercantile non può essere ordinata in giudizio, fuorchè negli affari di successione, di comunione e divisione di società, ed in caso di fallimento; art. 14 c. com. = 21 ll. ecc. com.

Nel corso di una lite può il giudice ordinare la esibizione de' libri, anche di ufficio, ad effetto di estrarne ciò che riguarda la controversia; art. 15 *ibid.* = 22 *ibid.*

In caso che i libri la cui esibizione è offerta, ri-

chiesta ovvero ordinata, sieno in luoghi lontani dal tribunale in cui pende la causa, i giudici possono dirigere una commissione rogatoria al tribunale di commercio del luogo, o delegare un giudice di pace per prenderne cognizione, di stendere un processo verbale del contenuto, ed inviarlo al tribunale adito; art. 16 c. com.

200. Se la parte ai cui libri si offre di prestar fede, ricusa di presentarli, il giudice può deferire il giuramento di officio all'altra parte; art. 17 *ibid.* = 23 *ibid.*

201. Infine l'art. 109 *ibid.* = 108 *ibid.* dispone che le compre vendite, in materia di commercio, si provano:

Con atti pubblici;

Con atti sotto firma privata;

Colla nota o *appuntamento* di un agente di cambio o sensale, debitamente sottoscritta dalle parti;

Con una fattura accettata;

Colla corrispondenza;

Coi libri delle parti;

E colla pruova testimoniale, nei casi in cui il tribunale crederà di doverla ammettere.

202. Perchè il giornale di un negoziante facesse fede contra di se, Pothier, secondo Molineo, richiedeva, « che vi fosse enunciata la causa del debito, o almeno che ne apparisse una per presunzione e congettura. Imperocchè, egli dice, « siccome non può esservi debito senza una causa « che lo produca, e la semplice annotazione non

« forma il debito, la dimanda del debito non può
 « essere ben fondata finchè non apparisca alcuna
 « causa. Ma se un mercatante abbia scritto sul suo
 « libro di dovere la tale somma ad un tale mer-
 « catante, benchè non ne abbia espressa la causa,
 « il suo libro farà fede contra di lui in favore di
 « questo mercatante, se il medesimo sia quello che
 « è solito a somministrargli le mercanzie del suo
 « commercio, nel qual caso si presume che la cau-
 « sa del debito sia la somministrazione di siffatte
 « mercanzie ».

Questa condizione richiesta da Pothier, che il mercatante a favor del quale trovasi l'articolo del giornale sia colui che è solito di somministrare all'altro le mercanzie del suo commercio, non è tuttavia di rigore nella specie di un articolo il quale contenga le parole *io dichiaro di dovere o io debbo*; giacchè, come il dicemmo nel tomo X, n.º 352 e seguenti, tali parole esprimono abbastanza di esservi debito, abbenchè la causa di questo medesimo debito non siasi specialmente menzionata. Ed in fatti l'art. 1132 c. c. = 1086 ll. cc. dichiara che l'obbligazione non lascia di esser valida, quantunque non ne sia espressa la causa.

205. Da qual momento è formato mai il patto nelle compre e vendite che avvengono per via di corrispondenza?

Se un negoziante scriva ad un altro negoziante o ad un proprietario per dimandargli se voglia a lui somministrare la tale mercanzia o la tale quantità di

derrate, ovvero per offrirgli la tale mercanzia al tale prezzo, la vendita non sarà formata che mediante una risposta, uniforme alla dimanda o all'offerta; e bisogna che questa risposta sia spedita, il che potrà giustificarsi coi libri o colla corrispondenza. Fino a quel tempo chi ha fatta la dimanda o l'offerta può ritrattare la sua proposta. Imperocchè siccome colui al quale essa era fatta poteva non accettarla, e la vendita si forma col concorso delle due volontà intorno alla cosa ed al prezzo, ne segue che non avvi vendita quante volte una di queste volontà non più sussistesse allorchè l'altra si è manifestata.

Ma la vendita sarebbe ugualmente formata tosto che colui al quale era fatta la dimanda della mercanzia l'avesse spedita, benchè non avesse ancora risposto alla lettera direttagli a tal riguardo: sarebbe questa una pruova della sua accettazione. Ciò non formerebbe soprattutto alcun dubbio nel caso in cui un negoziante scrivesse a qualcuno di spedirgli la tale mercanzia, la tale derrata, mediante il tale prezzo.

ART. VI.

De' registri e carte domestiche.

204. L'art. 1331 c. c. = 1285 II. cc. dispone che « i registri e le carte domestiche non formano « pruova a favore di colui che le ha scritte ».

ET ENIM EXEMPLO PERNICIOSUM EST, UT EI SCRIPTURÆ CREDATUR, QUA UNUSQUISQUE SIBI ADNOTATIONE PROPRIA DEBITOREM CONSTITUIT. *Unde neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet*; l. 7, Cod. de probat.

Ma, secondo lo stesso articolo, i registri e le carte domestiche fanno fede contro chi le ha scritte, « 1.^o in « tutti i casi nei quali enunciano formalmente un « pagamento ricevuto; 2.^o quando contengono una « espressa menzione di aver fatto tal notamento per « supplire la mancanza di titolo a favor di colui, a « vantaggio del quale esprime una obbligazione ».

Bisogna primieramente osservare che l'articolo non richiede, perchè le annotazioni facciano fede nei casi e sotto le condizioni ch' esprime, che sieno sottoscritte e datate: non parla di questa condizione, che il Codice rigetta anche espressamente, nell'articolo seguente, riguardo alle annotazioni che vi sono menzionate.

205. Circa al primo caso, non è dubbioso che l'annotazione scritta sul giornale del creditore dà sè medesimo, firmata oppur no, faccia fede a vantaggio del debitore. Ma se non fosse di pugno del debitore, nè sottoscritta da lui, nè di pugno di una persona abitualmente solita a scrivere sul suo giornale, non farebbe sempre completa fede, giacchè potrebbesi agevolmente commettere frode, o da qualche domestico corrotto, o da qualche vicino il quale ad istigazione del debitore, e mercè le sue abitudini

nella casa del debitore, si fosse impadronito facilmente del costui giornale, e vi avesse apposto il notamento. Ed in fatti molti non tengono sempre i loro registri accuratamente sotto chiave.

206. Circa al secondo caso, Boiceau, parte 2, cap. VIII, n.º 14, distingueva se il notamento fosse oppur no firmato. Nella prima ipotesi, l'annotazione, egli diceva, fa pruova a vantaggio del terzo a cui favore enuncia un credito; nel secondo, fa una semipruova, la quale ha bisogno di essere completata con qualche altro fatto o circostanza.

Ma Pothier non si attenne a questa distinzione: soltanto voleva che il notamento enunciasse in espresso modo di essere stato fatto per supplire alla mancanza del titolo a favor di colui a vantaggio del quale enuncia un'obbligazione, o fosse almeno evidente di essere stata tale l'intenzione dell'autore del notamento scrivendolo. La ragione che egli allegava è di essere probabilissimo che il notamento si fosse disteso dal debitore per render conto a sè medesimo, secondo l'uso delle persone che hanno molti affari, e non per servire di titolo al creditore, e che non avendo quest'ultimo alcun biglietto, deve credersi di essere stato soddisfatto, e trovandosi il debitore assicurato con la restituzione del biglietto che gli avea dato, dimenticò poi di casare il notamento, e far menzione del pagamento sul suo registro.

Nondimeno Pothier riguardava la firma apposta al notamento, come una pruova che il debitore

l'avesse scritta per servire di documento al creditore, attesochè se lo fosse stato soltanto per render conto a se stesso, non facea d'uopo di firmarlo, non essendo ciò solito. L'art. 1331 c. c. = 1285 ll. cc. non distingue se il notamento sia oppur no firmato; ma richiede soltanto che contenga l'espressa menzione di essere stato fatto per supplire alla mancanza del titolo a favor di colui, a vantaggio del quale esprime un' obbligazione.

In verità non crediamo che perchè l'annotazione faccia fede contra di colui il quale l'ha scritta sul suo giornale, bisogni in assoluto modo che contenga testualmente la menzione di essere stata fatta per supplire la mancanza di titolo in favore del terzo, giacchè queste espressioni non sono di rigore, potendo essere supplite con altre le quali indicassero chiaramente l'intenzione del debitore nello scrivere il notamento. Per esempio, se fosse detto: *Io debbo 1000 franchi a Paolo, il quale non ha voluto ricevere alcun biglietto, o il quale non ha alcun biglietto*; queste parole dimostrerebbero ad evidenza che il debitore nello scrivere il notamento ebbe nel tempo stesso per iscopo di render conto a sè stesso e di comprovare per sè e pei suoi l'obbligazione che aveva verso Paolo, benchè non siavisi detto in espresso modo di essere stato disteso *per fargli le veci di titolo*.

Ma del pari noi crediamo che, secondo il Codice, la firma apposta al notamento non basta in tutti i casi, come opinava Pothier, a stabilire

che il medesimo siasi fatto per supplire la mancanza di titolo a favore del terzo: esso potrà senza dubbio servire generalmente ad interpretare l'intenzione dell'autore del notamento a tal riguardo, ma il Codice non ne fece nna presunzione di dritto.

207. Del resto Pothier soggiugne che quando il notamento il quale aveva per oggetto di servire di titolo ad un creditore siasi tirato di penna o cassato, non fa più pruova a favore di costui, ancorchè fosse sottoscritto, essendo la cassatura una pruova di essersi soddisfatto il debito. Ciò non è contrario a quel che il medesimo autore dichiara più lungi, che l'annotazione scritta in dorso, in margine o in fine di un titolo il quale è sempre rimasto in possesso del credito, faccia fede e provi la liberazione, quantunque sia tirata di penna o cassata, attesoche, egli dice, non dev'essere in potere di questo creditore, nè de' suoi credi, il distruggere la pruova della liberazione acquistata dal suo debitore.

Avvi in effetti gran differenza tra il caso di un'annotazione scritta da un debitore sul suo registro per servire di titolo ad un creditore, e che fu poi tirata di penna, e l'annotazione messa da un creditore sul suo titolo, e che venne similmente cassa-

: nel primo caso, non avendo il creditore richiesto alcun titolo, riconobbe con ciò la probità del debitore, e non è presumibile che abbia costui con mire fraudolenti cassata l'annotazione, la

quale era a sua disposizione: potendo annullarla interamente, non devesi credere, allorchè l'abbia soltanto tirata di penna, di averlo fatto per rei motivi, ma soltanto perchè aveva pagato il debito. Nel secondo caso, l'annotazione che tende alla liberazione del debitore è benvero in possesso benanche di colui il quale ha interesse di annullarla, ma scritta sopra il titolo del debito, il creditore in generale non può fare altrimenti che esibirla, esibendo il titolo stesso; talmentechè se è in poter suo il tirarla di penna, ed anche il renderla interamente illeggibile, non è in suo facoltà, almeno generalmente, il farne scomparire le tracce senza distruggere nel tempo stesso la pruova del suo diritto: il che potè sembrare una garanzia bastante al debitore per contentarsi di simile quietanza.

In verità questo ragionamento non sarebbe sempre ben fondato così riguardo ad un notamento messo in margine o a piè del titolo, che riguardo a quello il quale fosse apposto nel dorso, e corrispondesse collo scritto; giacchè mediante una rescissione potrebbesi facilmente in molti casi farlo sparire; e per mezzo de' processi chimici si possono del pari fare scomparire i caratteri scritti con inchiostro di cattiva qualità. Ma noi ragioniamo per regola generale, e per regola generale il debitore il quale non pensò al pericolo di queste frodi, dovè più facilmente contentarsi di una quietanza messa sul titolo medesimo del debito, di quel che un creditore non dovè contentarsi di un notamento ap-

posto sul libro del suo debitore per fargli le veci di titolo; il che stabilisce quindi una differenza fra i due casi.

208. L'annotazione scritta sul registro di un creditore e che enuncia in espresso modo un pagamento ricevuto, dovrebbe ugualmente far fede, abbenchè fosse tirata di penna, per la ragione che Pothier assegnava a proposito dell'annotazione fatta dal creditore sul suo titolo, cioè che non dovè dipendere dal creditore o dai suoi eredi, cassando l'annotazione da lui scritta sul suo registro, lo annullare questa pruova della liberazione del debitore, il quale erasi contentato di una quietanza di questa specie. Si dirà forse che il creditore potè scrivere il notamento all'annuncio di un pagamento che dovè esser fatto, ed il quale non ha poi avuto effetto? ma in simil caso non si scrive sul proprio registro, perchè si ha sempre il tempo di farlo quando si riceverà il pagamento: si fa uno schizzo di quietanza, una quietanza benanche, ma non si scrive sul proprio registro finchè non sia effettuato il pagamento.

Ma se l'annotazione scritta sul registro del creditore sia cancellata in modo tale che non se ne possa leggere il contenuto, allora siccome è impossibile il dire che enunciò in espresso modo un pagamento ricevuto, ed anche che si riferisca ad un modo qualunque di liberazione, si trova necessariamente senza effetto: per cui è assai imprudente il non richiedere una quietanza ordinaria.

Vedremo più lungi ciocchè dovrebbe dirsi in simil caso riguardo ad un'annotazione scritta sul titolo medesimo del debito.

Quel che abbiamo detto più sopra sul caso di un'annotazione la quale annuncii in espresso modo un pagamento ricevuto, che quante volte questa annotazione non sia del proprietario del registro nè di una persona solita a scrivere per lui, non fa la stessa fede che nella ipotesi contraria, è applicabile pure al caso in cui si tratti di un'annotazione scritta sopra un registro per far le veci di titolo ad un preteso creditore. La ragione è assolutamente la stessa.

209. Abbenchè il Codice civile, nei due casi di cui abbiamo pocanzi parlato, dichiara positivamente che le annotazioni scritte nel giornale o registro domestico di una persona fanno fede contro di essa, nulladimeno non contiene, come il Codice di commercio, alcuna disposizione precisa che dia all'altra parte il dritto di chiedere l'esibizione di questo registro, o in caso di rifiuto dell'avversario a produrlo, la facoltà al giudice di deferire il giuramento a questa parte.

Sarebbe mai perchè la legge non prescrive agl'individui non commercianti del pari che ai commercianti di tener libri, e che perchè accadrebbe sovente che una persona, anche appartenente alle classi non idiote, non ne avesse tenuti, vi sarebbe stato pericolo in autorizzare il giudice a deferire il giuramento all'altra parte, allorchè la sua dimanda o

la sua eccezione fosse stata poggiata sopra la sua sola assertiva di un' annotazione scritta sul registro del suo avversario , e produttore , a dir suo , una obbligazione a suo favore , ovvero una liberazione ? Non si dovè egli temere in fatti che con questo pretesto si cercasse penetrare il segreto delle famiglie ? Che che ne sia , non veggiamo cosa alcuna nel Codice civile riguardo all' obbligazione per una parte di produrre i suoi registri o quelli del suo autore , e nondimeno da un' altra banda bisogna che le disposizioni contenute in questo art. 1531 c. c. = 1285 ll. cc. possano ricevere la loro applicazione.

210. Nel dritto romano un reo convenuto potea pretendere dall' attore che esibisse i di lui registri, sotto pena per quest'ultimo, in caso di rifiuto, di essere escluso coll' eccezione *doli mali*. Le ll. 5 e 8 Cod. , *de edendo*, lo dichiarano positivamente. Ma in primo luogo ciò era nei costumi dei Romani i quali erano soliti di tener libri domestici regolarissimi , su cui scrivevano tutti i loro affari , il danaro che ricevevano , quello che sborsavano ; e quando facevano un mutuo , veniva questo enunciato nel tempo stesso , almeno ordinariamente, sul registro del mutuuario e su quello del mutuante : da ciò pure derivò l' obbligazione che essi chiamavano *obligatio litterarum*. Talmentechè questi registri servivano di documenti alle parti, giacchè non erano tenuti con uno scopo d' interesse unicamente individuale : era presso a poco con fine simile a

quello che si ebbe in mira tra noi prescrivendo ai commercianti di tenere un giornale destinato a comprovare tutte le loro operazioni, tutti i loro introiti ed i loro pagamenti; donde seguiva che la buona fede richiedeva che la parte la quale dimandava il pagamento di un credito, potesse venire esclusa con una eccezione, se dietro la istanza del convenuto negavasi a produrre il suo libro.

Ma un attore non poteva richiedere dal convenuto che costui gli somministrasse delle prove colla produzione de' suoi registri (1): l'ultima di queste leggi lo dichiara espressamente, distinguendo a tal riguardo fra l'attore ed il convenuto (2).

211. Vero è che l'art. 15 c. com. = 22 *ll. ecc. com.* non fa la distinzione delle leggi romane, dicendo in modo generale che « nel corso di una « lite, il giudice può, anche di ufficio, ordinare « la esibizione de' libri ad oggetto di estrarre cioc- « chè riguarda la controversia »; e l'art. 17 c. com. = 23 *ll. ecc. com.* dichiara anche in modo generale che, « se la parte, ai cui libri si offre « di prestar fede, ricusi di presentarli, il giudice « può deferire il giuramento all'altra parte. » Ma queste regole sono stabilite pei commercianti, giacchè essi hanno obbligo di tener libri, e non le ve-

(1) La l. 7, Cod. *de testibus* stabilisce la stessa regola circa la prova testimoniale.

(2) Purtuttavia, secondo la l. 1 nel medesimo titolo, *de edendo*, sembra che non era questa una regola invariabile, e che il giudice, secondo le circostanze del fatto, aveva il potere di ordinare anche al convenuto di produrre i suoi registri.

diamo noi sancite dal Codice civile per le persone non commercianti.

Nondimeno, come pocanzi abbiamo detto, bisogna che l'art. 1351 c. c. = 1285 ll. cc. possa ricevere la sua applicazione: or come mai la riceverebbe se la parte che ha messo il notamento sul suo registro ricusi di esibirlo, o se dopo la sua morte, gli eredi non vogliano esibirlo?

A tal riguardo crediamo che il giudice abbia un potere discrezionale di ordinare la esibizione de' registri, se gli venga dimostrato di esserne esistiti e di sussisterne ancora; che possa soprattutto farlo allorchè questa dimanda sia formata dal convenuto, pretendendo che i libri dell'autore contengano un'annotazione la quale provi in espresso modo di esserglisi fatto un pagamento. E se colui al quale si dimanda la esibizione de' suoi registri, o quelli del suo autore, pretenda di non essersene tenuti o di non sussisterne più, gli si potrà deferire il giuramento su questo fatto.

Del resto, siccome a morte di una persona si appongono ordinariamente i sigilli sopra i suoi effetti e le sue carte; siccome i suoi creditori hanno dritto di domandare tale apposizione e di opporsi che i suggelli sieno rimossi fuori la loro presenza, potendo anche assistere all'inventario ed intervenire nella divisione; se trovino annotazioni a loro vantaggio, le faranno comprovare nell'inventario, per allegarle di poi secondo i loro dritti. E quelli che avessero fatto al defunto pagamenti provati soltanto

coi suoi registri e carte domestiche, avrebbero lo stesso dritto, giacchè premerebbe ad essi ugualmente d'impedire che si smarrisse la pruova della loro liberazione.

ART. VII.

Delle annotazioni scritte in margine, nella fine o nel dorso di un titolo o di una quietanza.

212. Dopo aver parlato de' registri e carte domestiche, dobbiamo trattare delle annotazioni private che si trovano in fine, in dorso o in margine di un titolo o di una quietanza. L'art. 1332 c. c. = 1286 ll. cc., il quale dispone intorno a questi casi, è così conceputo :

« Qualunque annotazione scritta dal creditore nel-
« la fine, nel margine, o nel dorso di un titolo che
« sia continuamente restato presso di lui, fa fede,
« quantunque non l'abbia sottoscritto nè vi abbia
« apposto la data, quando tenda a dimostrare la
« liberazione del debitore.

« Lo stesso ha luogo per l'annotazione scritta
« dal creditore, nel dorso, nel margine o a piè
« del duplicato di un titolo o di una quietanza,
« purchè tal duplicato si trovi presso del debi-
« tore ».

L'annotazione di cui è parola nella prima parte dell' articolo, può trovarsi sopra un titolo autentico, sulla copia esecutiva di prima spedizione, non che

sopra un titolo sotto firma privata , poichè l' articolo non distingue; ed avrà essa lo stesso effetto.

213. Esaminiamo da principio la prima di queste disposizioni , la quale , come vedesi , parla soltanto dell'annotazione *scritta dal creditore* nella fine , nel margine , o nel dorso di un titolo *che sia continuamente restato presso di lui*. Nondimeno possono presentarsi due altri casi :

1.^o Quello in cui l'annotazione sia scritta da persona diversa dal creditore , quando altronde il titolo sia sempre rimasto presso quest' ultimo ;

2.^o Quello nel quale sia stata scritta dal creditore , e quando il titolo non sia sempre rimasto in suo potere.

Circa al caso in cui il titolo sia sempre rimasto presso il creditore , Pothier non fa alcuna differenza in ragione della circostanza che l'annotazione si fosse scritta da un terzo , o dal debitore medesimo , o dal creditore , attesochè , egli dice , non è verisimile , essendo il titolo rimasto continuamente presso il creditore , come si suppone in fatto , che vi avesse lasciato porre un' annotazione tendente alla liberazione del debitore , se non avesse avuto buone ragioni per soffrirlo.

Vero è che questo punto non è risoluto affermativamente dal Codice , ma neanche lo è negativamente , e deve credersi che essendolo formalmente da questo autore , il cui parere vien sancito dall' articolo intorno al caso dell'annotazione scritta dal creditore sul titolo che è sempre rimasto in suo possesso , non

s' intese rigettar quello ch' egli emette sul caso che ora ci occupa. Probabilmente si credè che bastasse lo stabilire una regola per quello che deve presentarsi più spesso, quello in cui l'annotazione sia stata scritta dal creditore medesimo: *de eo quod plerumque fit, statuit legislator.*

Crediamo in effetti che la disposizione non sia concepita in senso ristrettivo: non eravi alcuna ragione perchè lo fosse. Non puossi ragionevolmente spiegare perchè il creditore avrebbe lasciato apporre sopra un titolo, il quale come si suppone non è uscito dalle sue mani, un'annotazione tendente a liberare il debitore, se non avesse da lui ricevuto alcun pagamento in acconto.

Senza dubbio se pretendesse e provasse che l'annotazione scritta da mano diversa dalla sua, sia l'effetto di una frode; che il suo titolo sia stato sottratto o che lo avesse perduto, e che appunto per effetto di questo avvenimento vi fu scritta l'annotazione, allora essa cesserebbe di far fede; ma spetterebbe a lui il provare il fatto di frode, giacchè la frode non si presume, incumbendo a chi l'allega il provarla (art. 1116 c. c. = 1070 ll. cc.); o dovrebbe egli almeno provare il fatto della sottrazione o della perdita del titolo, giacchè è questo ancora un avvenimento il quale non si suppone: al contrario si presume che ciascuno conservi accuratamente i suoi titoli.

214. Nel secondo caso, quello in cui l'annotazione che tende alla liberazione sia stata scritta dal

creditore, ma il titolo non sia continuamente rimasto appresso di sè, la disposizione che noi spieghiamo sembrerebbe di non dare effetto all'annotazione, poichè dispone nell'ipotesi *di un titolo che è continuamente rimasto presso del creditore*. Nondimeno questa circostanza, la quale è importante allorchè l'annotazione sia stata scritta da altri che dal creditore, debbe essere indifferente allorchè lo sia stato dal creditore medesimo. Ed in effetti perchè mai avrebbe egli scritto sul suo titolo di aver ricevuto un pagamento, se in realtà non l'abbia ricevuto? Si dirà forse di aver potuto scrivere per effetto di proposte fatte di un pagamento che di poi non è avvenuto? In simil caso si fa uno schizzo di quietanza anticipatamente, o anche una quietanza, ma non si scrive sul proprio titolo. Altronde ciò non impegnerebbe a spogliarsene, ed applicando l'articolo a tal caso, l'annotazione farebbe fede della liberazione, poichè questo titolo non sarebbe uscito dalle mani del creditore, e l'annotazione sarebbe stata scritta da lui. Si obbietterebbe pure che il titolo potè essere smarrito, sottratto? ma ciò a nulla monta, poichè si ragiona nella ipotesi di un'annotazione scritta dal creditore, ed in conseguenza prima della sottrazione o perdita del titolo, o dopo che ne abbia recuperato il possesso. E sè, come lo dice ragionevolmente Pothier, non potrebbe il creditore, cancellando l'annotazione da lui scritta sul titolo; annullar questa pruova della liberazione del debitore; non lo può di van-

taggio facendo uscir questo titolo dalle sue mani , sia mettendolo in deposito tra quelle di un terzo , sia dando in pegno il suo credito , sia in qualunque altro modo. Tostochè è sua annotazione , deve far fede contra di lui , anche quando non fosse nè datata , nè sottoscritta ; e farebbe vie maggior fede , se è possibile , qualora il titolo fosse presso del debitore , poichè la semplice volontaria restituzione che gliene fosse stata fatta , farebbe pruova della liberazione (art. 1282 c. c. = 1236 ll. cc.) , abbenchè non vi si contenesse una *quietanza* o altra dichiarazione di pagamento , secondo ciò che dicemmo nel tomo precedente , n.º 361 ; salvo la pruova dei casi di frode o di perdita dell'effetto.

Laonde queste parole , *di un titolo che è continuamente restato presso di lui* (del creditore) , nettampoco sono poste in senso ristrettivo. Quando si tratti *di un' annotazione del creditore* , sottoscritta oppur no , datata oppur no , subitochè l'annotazione è sua , deve far fede , ammenochè non provi di essere effetto di un errore , di una frode o di un dolo.

215. Dippiù la disposizione stessa non potrebbe applicarsi al *per quietanza* che si usa di apporre agli effetti commerciali alla scadenza , prima di consegnarli al commesso o giovane di cassa incaricato di andarne a riscuotere il valore , come si pratica appresso i banchieri e negozianti all'ingrosso , abbenchè sia incerto allora se l'effetto sarà pagato. Se non lo è , ha luogo il protesto , ed esso annulla

il *per quietanza*, precisamente perchè l'effetto è rimasto presso il creditore, ed ancorchè l'annotazione sia stata scritta da lui e si trovi firmata.

Se non fosse così, vi sarebbe impossibilità di far riscuotere il valore degli effetti commerciali da un commesso: bisognerebbe che il creditore si recasse egli medesimo in persona presso il debitore affin di apporre il *per quietanza* sull'effetto al momento in cui gli venisse sborsato il danaro; il che sarebbe di massimo impedimento pel commercio.

E bisogna anche dire altrettanto, almeno in generale della *quietanza* apposta ai biglietti civili, nella scadenza: ed in effetti l'art. 1532 c. c. = 1286 ll. cc. ebbe in mira i pagamenti fatti in *acconto*; giacchè quando il debito è soddisfatto per intero, si costuma di restituire il titolo medesimo al debitore.

216. Ma che mai deve dirsi allorchè l'annotazione scritta sopra un titolo sia talmente cancellata, che è impossibile di leggerne il contenuto? Si vide più sopra che, secondo Pothier, l'annotazione scritta sul titolo del debito dal creditore, ed anche da un'altra mano allorchè questo titolo sia continuamente rimasto in suo potere, fa fede contra di lui quantunque siasi tirata di penna, attesochè, egli dice, non deve dipendere dal creditore nè da' suoi eredi, il togliere al debitore, il quale ebbe tanta fiducia in lui da contentarsi di un discarico di questa natura, il beneficio della sua liberazione. Ciò non potrebbe formare dubbio

alcuno in tutti i casi in cui si potrà scoprire ciò che conteneva l'annotazione: ma in quello che noi supponiamo, avvi effettivamente controversia; giacchè era forse in realtà un pagamento, e soprattutto di qual somma era questo pagamento? lo che è impossibile di determinare con certezza. Ma siccome da un'altra banda tale annotazione fu scritta ad un fine, ed il creditore fece male a distruggerla, crediamo che sarebbe questo uno di quei casi in cui il giudice può deferire il giuramento, giacchè se l'eccezione del convenuto non è appieno giustificata, non è almeno, secondo le suddette ragioni, totalmente sformita di pruova; ed il giuramento dovrebbe in generale essergli deferito in preferenza dell'attore.

217. Non diremmo lo stesso, almeno in generale, sul caso in cui un debitore allegasse che il creditore abbia fatto sparire recidendola l'annotazione che era scritta in piedi o in margine del titolo e che tendeva alla liberazione: al contrario quest'assertiva di frode dovrebbe essere provata in modo positivo, al pari di quella la quale consistesse in dire di avere il creditore fatto sparire mediante processi chimici un'annotazione scritta sul titolo, e che provava pure un pagamento o una liberazione, la qual cosa sventuratamente è dimostrata dall'esperienza di poter ben accadere, soprattutto quando l'inchiostro sia di cattiva qualità.

Tuttociò fa vedere il pericolo di non riscuotere quietanze propriamente dette; ma infine il Codice

prevede che un debitore potè contentarsi di una menzione sul titolo, di un pagamento da lui fatto, e ciò in effetti avviene sovente.

218. Perchè l'annotazione scritta dal creditore nel dorso, nel margine o a piè di un duplicato o di una quietanza faccia fede contra di lui, la seconda disposizione dell' art. 1532 c. c. = 1286 *Il. cc.* richiede una condizione circa al duplicato, che non è tuttavolta necessaria: *purchè*, esso dice, *tal duplicato si trovi presso del debitore.* Perchè mai in fatti l'annotazione scritta da un venditore, creditore del prezzo di vendita sopra il proprio duplicato, ed enunciante un pagamento fattogli da un terzo per l'acquirente, o da costui, il quale non aveva il suo duplicato al momento in cui pagò, non farebbe ugualmente fede? Come mai spiegare la menzione di questo pagamento, se non avesse avuto effetto? Preparasi una quietanza aspettando un pagamento in cui si ha fiducia, ma non si scrive sopra un duplicato vieppiù che sopra un semplice biglietto: l'articolo neanche richiede, quando si tratti di un'annotazione scritta pure dal creditore a piedi, nel margine o sul dorso di una quietanza, che questa quietanza sia presso del debitore, e nondimeno ciò poteva sembrare più necessario che caso di annotazione scritta dal creditore sopra un duplicato. Nulladimeno questa condizione non è richiesta, e ragionevolmente, giacchè non è verisimile, come nel caso di una quietanza *a priori*, che il creditore abbia scritta quest' annota-

zione all'annunzio o colla speranza di un pagamento il quale di poi non ebbe effetto, poichè la quietanza era presso del debitore. Ricevendola per apporvi quella di un altro pagamento, il creditore dovè ricevere nel tempo stesso questo pagamento, o almeno dovè naturalmente aspettare che gli venisse fatto, per iscrivere l'annotazione di cui si tratta.

Ma circa alle quietanze principali, di cui non parla l'articolo, perchè facciano pruova della liberazione bisogna che sieno presso del debitore, attesochè molte persone sono solite di preparare anticipatamente le quietanze che debbono rilasciare, colla speranza del pagamento su cui calcolano, soprattutto per debiti di estagii, pigioni, annualità arretrate di rendita, credendo che non si troverebbero forse in loro casa al momento in cui i debitori andassero a pagare, e, lasciando tali quietanze ad un familiare per consegnarle loro e ricevere il pagamento. Ma questa speranza non si effettua sempre, e si lascia stare nondimeno la quietanza per darla al debitore quando andrà a pagare; talmentechè non fa fede finchè sia in potere del creditore.

Adunque non avvi dubbio, ed a motivo della viziosa compilazione dell'articolo, se non riguardo all'annotazione scritta dal creditore sopra un *duplicato*: or se bisognasse assolutamente che questo duplicato fosse in potere del debitore, perchè facesse pruova del pagamento che enuncia, non te-

miamo di dirlo sarebbe questo un grande assurdo, ed il Codice si troverebbe in contraddizione colle proprie regole.

Ed in effetti se, giusta l'art. 1331 c. c. = 1285 *ll. cc.*, l'annotazione scritta sui registri e carte domestiche del creditore, e che enuncia formalmente un pagamento ricevuto, fa fede della liberazione del debitore, come mai potrebbe pretendere che quella scritta puranche da esso creditore sopra il suo duplicato, pel medesimo oggetto e pel medesimo fine, nulladimeno non faccia fede contra di lui? Non dovè essere anche più circospetto nello scrivere sopra il suo titolo che sopra il suo registro? Ciò non sarà dubbioso per alcuno.

In secondo luogo, la prima disposizione dello stesso art. 1332 c. c. = 1286 *ll. cc.* richiede che qualunque annotazione scritta dal creditore nella fine, nel margine o nel dorso di un titolo che sia continuamente restato presso di lui, faccia fede quantunque non l'abbia sottoscritta, nè vi abbia apposta la data, quando tenda a dimostrare la liberazione del debitore, e questa disposizione non distingue tra gli atti formati in doppio originale e gli altri. Ed in effetti non dovevasi fare alcuna distinzione a tal riguardo.

L'errore di questa compilazione deriva dacchè si prese in Pothier come regola ciocchè questo autore adduceva sol come esempio, e se ne fece indebitamente una disposizione esclusiva. Così, quando egli dice che l'annotazione scritta da un venditore, cre-

ditore del prezzo di vendita, sul duplicato del compratore, e che tende alla liberazione di quest' ultimo, fa fede contra il venditore, dice una cosa incontrastabile; ma non intende dire con ciò che se tale annotazione si trovasse sul duplicato del venditore, non farebbe ugualmente fede, giacchè egli sarebbe in espressa contraddizione con ciò che aveva già dichiarato sull'effetto delle annotazioni di un creditore, scritte o sopra i suoi registri o sul titolo medesimo del debito, e producente liberazione.

Che anzi egli dice che un *post scriptum*, anche scritto di pugno di un terzo sul duplicato del venditore, e tendente a dimostrare la costui *obbligazione*, fa fede contra di lui, se tal duplicato non sia uscito dalle sue mani, giacchè non l'avrebbe lasciato scrivere se la cosa non fosse stata convenuta; novella pruova, secondo Pothier, male inteso nel distendere queste diverse disposizioni, di non esser necessario che per potere un'annotazione scritta da una delle parti sopra un duplicato far fede contra di lei, questo duplicato sia in mano dell'altra, cioè del debitore, poichè egli dichiara il contrario, anche nel caso in cui si tratti di un'annotazione scritta da un terzo, ed in cui la medesima tenda a dimostrare la sua obbligazione.

219. L'annotazione scritta dal creditore a piedi, nel margine o nel dorso di un duplicato o di una quietanza, fa fede, abbenchè non sia nè sottoscritta, nè datata. Queste parole della seconda parte

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 237
dell'articolo, *lo stesso ha luogo* ec., indicano chiaramente che essa dispone anche nella ipotesi, preveduta nella prima parte, di un'annotazione non sottoscritta nè datata dal creditore.

Ma è chiaro eziandio che un'annotazione scritta da altri che dal creditore sul duplicato del debitore, non farebbe fede contra il creditore se non quando fosse da lui sottoscritta.

220. E se l'annotazione fatta sul duplicato del *debitore*, o sopra una quietanza, abbenchè dal creditore, sia tirata di penna, cessa di far fede; giacchè è evidente che il debitore, in cui potere sono questi atti, non avrebbe tirato o lasciato tirar di penna l'annotazione se il pagamento avesse in realtà avuto effetto. Avvi ogni luogo a credere, dice Pothier, che l'annotazione sia stata scritta sopra proposte che di poi non si sono effettuate.

221. Ma l'annotazione scritta sul duplicato del creditore e tendente a dimostrare la sua liberazione, non farebbe meno fede, abbenchè fosse tirata di penna, giacchè, come lo abbiamo già detto riguardo alle annotazioni scritte sui registri o sopra un titolo, non deve dipendere dal creditore nè dai suoi eredi, il togliere al debitore, il quale si contentò di tale scarico, il beneficio della sua liberazione.

222. Ciò per le annotazioni scritte nel fine, nel dorso o nel margine di un titolo, di un duplicato o di una quietanza e chè tenda a dimostrare la liberazione, le sole di cui parla l'art. 1332 c.

c. = 1286 ll. co.; ma vi sono dei casi in cui, secondo tutti gli autori che trattarono delle prove, le annotazioni, anche non firmate nè datate, fanno fede contro di colui che le scrisse sopra un titolo, abbenchè abbiano per oggetto un' *obbligazione*: ed è quando esse sono in diretta relazione coll'atto sottoscritto, e si trovino nella fine, nel margine o anche nel dorso di questo atto. Per esempio, se a piè di una promessa firmata da Paolo, colla quale egli dichiara che Filippo gli ha mutuato 1,000 franchi, sia scritto di pugno di Paolo, per esteso: *dippiù dichiaro che il detto Filippo mi ha ancora mutuato 200 franchi*; queste parole *dippiù*, *ancora*, avendo eziandio una relazione diretta collo scritto firmato da Paolo, opererebbero pure obbligazioni. Così opinano Boiceau, Danty e Pothier.

ART. VIII.

Delle quietanze.

223. Le quietanze sono atti destinati a provare i pagamenti. Possono esse farsi in iscrittura privata al pari che per atto pubblico, almeno ordinariamente; e talvolta hanno anche luogo per mezzo di semplici annotazioni non sottoscritte, poste sui registri del creditore, o sul titolo medesimo del debito, come abbiamo pocanzi spiegato.

Ma non sono sempre concepute in parole le qua-

li non lasciano alcun dubbio sul debito a cui si applicano, ed in conseguenza sull'estensione dei loro effetti; giacchè possono esprimere la somma pagata senza esprimere la causa del debito, o la causa del debito senza esprimere la somma pagata, ovvero non esprimere nè la somma pagata, nè la causa del debito, o infine esprimere l'una e l'altra.

224. Nel primo caso, la quietanza non lascia di esser valida, poichè enuncia in espresso modo un pagamento ricevuto, ed un notamento concepito in questi termini, messo sui registri del creditore, abbenchè non datato nè sottoscritto, farebbe fede del pagamento, secondo ciò che innanzi si è detto.

Se in tal caso vi fossero molti debiti, si seguirebbero le regole stabilite dall'art. 1256 c. c. = 1209 II. cc. per la imputazione legale, poichè non essendo espresso nella quietanza la causa del debito, non vi sarebbe per questo stesso motivo alcuna imputazione speciale fatta dall'una o l'altra parte.

225. Nel secondo caso, in cui la quietanza, esprime la causa del debito, non esprime la somma pagata, essa libera il debitore da tuttociò che doveva per questa causa, ma unicamente da ciò. Per esempio, se dica: *Dichiaro di aver ricevuto da Paolo ciocchè mi deve per la vendita che gli ho fatto del taglio di legname del mio podere di Lafont per l'anno 1830*, tale quietanza comprenderà

tuttociò ch'era dovuto pel prezzo di questo taglio, ma non comprenderebbe ciocchè si dovesse da Paolo per vendita di tagli anteriori o posteriori, quando anche non vi fosse alcuna riserva; e viemaggiormente non comprenderebbe ciocchè egli dovevami per altre cagioni.

226. Se il debito la cui causa viene espressa dalla quietanza senza che si esprima la somma pagata, sia per pigioni, estagli o annualità arretrate, senza che la quietanza contenga l'indicazione dell'anno o del termine nei quali fecesi il pagamento, allora si reputa rilasciata per tuttociò che era maturato al termine che precedè la sua data; ma non comprende ciocchè si ritrovasse maturato del termine attuale, in virtù della regola che i frutti civili si acquistano giorno per giorno (art. 586 c. c. = 511 ll. cc.); giacchè non si stima che il debitore abbia voluto pagare prima di scadere il termine ciocchè faceva parte di questo termine.

Se nella specie la quietanza non fosse datata, Pothier dice che impedendo la mancanza di data di sapere in qual tempo siasi rilasciata, varrebbe soltanto per un termine, ammenochè purtuttavolta non si fosse rilasciata dall'erede del creditore, nel qual caso farebbe fede del pagamento per tutte le dande maturate in vita di quest'ultimo. Per la medesima ragione, se fosse stata rilasciata all'erede del debitore, dovrebbe far fede puranche del pagamento delle dande ch'erano maturate a morte

di costui. E se si fosse registrata o menzionata in atti autentici, per esempio in processi verbali di apposizione di sigilli o altri atti pubblici, siccome allora avrebbe acquistato una data certa, poichè l'avrebbe acquistato anche riguardo ai terzi (art. 1328 c. c. = 1282 ll. cc.), farebbe ugualmente fede di tutti i termini anteriori a quello durante il quale avesse acquistato questa data. Tuttociò è incontrastabile.

227. Allorchè un debito ordinario sia pagabile in diverse volte, la quietanza rilasciata senza esprimere la somma, per esempio, *ho ricevuto da mio suocero ciocchè egli mi deve per la dote di mia moglie*, non comprende che le dande maturate all'epoca della sua data, giacchè, dice Pothier secondo Loisel, non è presumibile, giusta quell'assioma forense *chi ha termine nulla deve*, che il debitore abbia pagato ciocchè non potevasi ancora pretendere da lui: si presume che niuno rinunci al beneficio del termine.

Vi sarebbe maggior dubbio, dice lo stesso autore, se la quietanza fosse così conceputa: *ho ricevuto la dote di mia moglie*. Tali espressioni generali ed indefinite sembrerebbero comprendere tutta la dote, ed in conseguenza anche le porzioni, i cui termini di pagamento non erano ancora scaduti all'epoca della sua data.

Viemaggiormente avverrebbe così in tal caso se essa non fosse datata. Se neanche lo fosse nella prima ipotesi, per essere conseguente con ciò

che si è detto pocanzi sul caso in cui il debito fosse per pigioni, estagii o annualità arretrate, e la quietanza non esprima nè la somma pagata, nè l'anno a cui si riporta il pagamento, converrebbe forse dire di comprendere soltanto una danda, o le dande maturate al momento in cui ha acquistato data certa; ma noi crediamo che le circostanze della causa dovrebbero aversi in gran considerazione, per determinare a qual parte della dote si riferiva la quietanza quando fu rilasciata.

228. Nella terza ipotesi, quella in cui la quietanza non esprima nè la somma pagata, nè la causa del debito, come quando dica semplicemente: *Dichiaro di aver ricevuto dal tale ciocchè egli mi deve*, comprende tutti i diversi debiti che esistevano all'epoca della sua data, tranne quelli che non erano ancora maturati, e quelli pure la cui esistenza ignoravasi allora da colui che rilasciò la quietanza. Nettamapoco comprenderebbe i capitali di vendita, poichè in generale non sono esigibili, nè ciò che colui il quale ricevè la quietanza doveva soltanto in qualità di fideiussore di un'altra persona, attesochè non è presumibile che abbia voluto pagare questo debito, in vece di prevalersi del beneficio di escussione, nel caso in cui non vi avesse rinunciato, e soprattutto che abbia voluto pagare senza richiedere una quietanza particolare, mediante la quale potesse facilmente sperimentare il suo regresso contra il debitore principale. Pothier è dello stesso parere su tutti questi punti.

229. Ma quell' autore nulla dice nella ipotesi in cui la quietanza che non esprime nè la somma pagata, nè la causa del debito, non fosse datata, la quale supposizione purtuttavolta egli fece in altri casi. Noi crediamo che in questo, come nel precedente, dovrebbe il giudice determinarsi in forza delle circostanze della causa, atte ad illuminarlo sull' epoca in cui si è rilasciata la quietanza; e che indipendentemente dall' interrogatorio sopra fatti e loro circostanze, e dal giuramento che una parte potrebbe all' altra deferire (che sarebbe in facoltà del giudice di deferire anche come suppletorio), vi sarebbe luogo ad ammettere la pruova testimoniale, sulla dimanda del debitore, per stabilire l' epoca in cui si è rilasciata la quietanza; giacchè è questo un semplice fatto, ed altronde il creditore è in colpa di non aver datata la sua quietanza.

230. Ma ancorchè il creditore, nel caso di una quietanza generale, non avesse consegnato al debitore un biglietto maturato all' epoca del pagamento, il debito contenuto in questo biglietto non lascerebbe di essere compreso nella quietanza, non ostante la ragione di dubitare desunta dacchè se esso fosse stato soddisfatto, si sarebbe dovuto restituire il biglietto; giacchè si può ben presumere che se non lo fu, è perchè il creditore non l' aveva in sua cassa o indosso all' istante del pagamento. E quei termini generali, *ciocchè mi deve*, senz' alcuna riserva, potettero e dovettero far credere al debitore che

244 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

non dovea temere cosa alcuna, e fargli di poi trascurare di riprendere il suo biglietto. Nondimeno le circostanze della causa potrebbero richiedere diversa soluzione

231. Infine nella quarta ipotesi, quella in cui la quietanza esprima nel tempo stesso e la somma pagata e la causa del debito, non può insorgere dubbio alcuno.

Se la somma sborsata ecceda quel che fosse dovuto per la causa espressa, il debitore, supponendo che non dovesse per un'altra causa una cosa della stessa specie, ha l'azione di ripetizione del dippiù, *condictio indebiti*; e l'ha per lo intero, se non vi fosse debito.

232. La quietanza data pel capitale senza riserva degl'interessi, ne fa presumere il pagamento e produce la liberazione; art. 1908 c. c. = 1780 ll. cc.

La quistione se le quietanze di una o più annate di arretrati facciano presumere il pagamento delle precedenti, si tratterà quando parleremo delle presunzioni.

§ III.

Delle tacche a riscontro, ossia delle taglie.

S O M M A R I O.

233. Che s' intenda per tacche: corrispondenti a quelle di riscontro, fanno esse fede tra le persone le quali costumano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono a minuto.

234. Ciochè debbe avvenire nel caso in cui il debitore non esibisca la sua controtacca o taglia di riscontro.

235. Se il debitore neghi la somministrazione, la tacca ne fa pruova, ma essa può, come un registro, autorizzare il giudice a deferire il giuramento al mercadante.

236. Le tacche, allorchè si esibisca quella di riscontro, debbono considerarsi come una liquidazione di conto fra le parti, ch'è di ostacolo alla prescrizione di sei mesi o di un anno.

233. Si chiamano *tacche* un pezzo di legno spaccato in due, e sulle due parti del quale, ravvicinate l'una all'altra, si fanno segni o tagli per provare la quantità delle mercanzie consegnate dai somministratori ai consumatori. Il negoziante o venditore a minuto ritiene una di queste parti, che dicesi la *tacca*; e l'altra, chiamata taglia di riscontro, rimane in possesso di colui che riceve le somministrazioni: è questa una specie di pruova letterale. I fornai ed i beccai principalmente costumano di comprovare in tal modo le somministrazioni che fanno ai privati.

Ed in vero sarebbe troppo impaccio per essi e per coloro che ricevono tali somministrazioni, ripetute spesso, e per le quali si adopera il ministero or di una persona or di un'altra, o il provarle regolarmente per iscritto, o il pagare volta per volta. Quindi il Codice accorda alle tacche la forza di far fede in giudizio: « Le tacche corrispondenti a quelle di riscontro fanno fede tra le persone le quali costumano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno o ricevono a minuto; » art. 1333 c. c. = 1287 ll. cc. »

254. Può accadere che il debitore non esibisca la tacca di riscontro, o perchè siasi perduta o smarrita, o perchè non gli conviene di esibirla, e che nondimeno egli apponga alla tacca di contener segni di somministrazioni le quali non fossero state fatte. Ecco ciò che dichiarava su questo caso la Consuetudine di Tournai, art. 14 dell' *ampliacione*; la cui disposizione ci sembrerebbe di doversi seguire, giacchè era giusta: « Per lo stile delle Corti laici, allorchè taluno dimandi qualche somma di « danaro, a causa di qualunque specie di mercanzie, consegnate in vista di tacca, e l'attore esibisca la sua tacca, dimandando che il citato esibisca la sua controtaglia; in questo caso il reo (il convenuto) vien citato se prima che abbia la controtacca di quella esibita, è tenuto ad esibirla; e mancando di far ciò, la tacca esibita dall'attore si ha per verificata, e ciò fatto, questo attore è in obbligo poscia di verificare il prezzo ».

255. Ma se il convenuto neghi di aver ricevuto le somministrazioni, la tacca prodotta dall'attore non può evidentemente fare maggior pruova di quel che la farebbero i propri registri, poichè niuno può formare un titolo a sè medesimo.

Nondimeno, da un' altra banda, considerandosi la tacca come una specie di registro, vi sarebbe ad applicare ciocchè abbiain detto riguardo ai registri de' negozianti circa alle persone non negozianti, cioè che il giudice potrebbe deferire il giuramento all'attore, se costui godesse di buona ripu-

tazione, se il reo era solito di provvedersi da lui, e se la somministrazione fosse verisimile secondo la quantità di mercanzie il cui prezzo venisse dimandato. Queste diverse circostanze farebbero in fatti che la dimanda non fosse *totalmente* sfornita di pruova.

256. Devesi mai riguardare il modo di provare le somministrazioni per mezzo di tacche corrispondenti a quelle di riscontro, come una *dichiarazione*, un *conto liquidato*, ad effetto d'impedire al debitore che opponga la prescrizione di sei mesi o di un anno? art. 2274 c. c. = 2180 ll. cc.

Allorchè non si esibisce la taglia di riscontro, la tacca rimane sola, e non ha viemaggior forza di un articolo del giornale del negoziante: in conseguenza non potrebbe esser dubbioso che tale prescrizione potè correre, salvo all'attore, come il dichiara l'art. 2275 c. c. = 2181 ll. cc., il deferire il giuramento al convenuto, sulla quistione se la cosa siasi in realtà pagata.

Ma quando la tacca di riscontro viene esibita, a cagion d'esempio, perchè in caso di fallimento, o dopo morte, sia stata messa sotto suggello, si può sostenere che, corrispondente alla taglia, formi una dichiarazione del debito, una specie di conto liquidato tra le parti. Ed in effetti se si fossero soddisfatte le somministrazioni, si sarebbe distrutta la tacca e quella di riscontro, almeno ciò è presumibile, giacchè si fa ordinariamente così: or siccome la prescrizione di sei mesi o di un

248 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
anno è basata soltanto sulla presunzione di pagamento, puossi pretendere, a parer nostro, che non sia decorsa nella specie.

§ IV.

Delle copie de' titoli.

S O M M A R I O.

237. Qualesivoglia copia, autentica o altra, fa fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo originale di cui può chiedersi sempre l'esibizione finchè esiste.

238. I notai debbono rilasciare le copie perfettamente uniformi all'originale, con le irregolarità, se ve ne sono.

239. Quando non esiste più il titolo originale, il debitore non può per tal motivo negarsi a pagare sotto pretesto che non gli venga esibito. Specie giudicata dalla Corte di Parigi, per riguardo ad un testamento, la cui minuta erasi smarrita.

240. Incumbe al creditore il provare che l'originale non più esiste; e come si fa la pruova.

241. L'elasso di anni trenta e più non dispensa il creditore dall'esibizione del titolo originale, se venga dimandato.

242. Che debba fare il debitore allorchè si praticano sequestri a danno suo, mediante la copia autentica che egli sospetta di non essere uniforme all'originale.

243. Testo dell'art. 1325 c. c., il quale divide le copie in quattro classi.

244. Effetti delle copie autentiche di prima spedizione, e delle seconde copie estratte in virtù di ordinanza del magistrato o col consenso delle parti.

245. Effetto delle copie semplici o estratte dopo il rilascio delle copie autentiche di prima spedizione dall'uffiziale depositario della minuta, e quando abbiano più di anni trenta di data.

246. Allorchè abbiano meno di anni trenta, possono soltanto servire per principio di pruova scritturale.

Tit. III. De' contratti o delle obblig. conv. 249

247. *Conseguenze di poter esse servire per principio di pruova scritturale.*

248. *Effetti della terza specie di copie.*

249. *In generale le copie di copie possono, secondo le circostanze, servire come semplici indizj.*

250. *Nel caso preveduto nell' art. 844 c. pr., la copia autentica estratta da un' altra copia autentica, ha nondimeno un più potente effetto, benchè non sia purtuttavolta che una copia di copia.*

251. *Seconda specie di copie di copie, ed esempio arrecato da Pothier, giusta Molinæo, in cui la copia di copia vale più di un semplice indizio.*

252. *Altra specie di copie di copie le quali non possono servire se non di semplice indizio.*

253. *Testo dell' art. 1336 c. c. intorno all' effetto della trascrizione di un atto sui registri pubblici.*

254. *Motivi delle condizioni richieste perchè essa possa servire come principio di pruova scritturale.*

255. *L' articolo tace intorno al registro: discussione sul punto se con queste condizioni, possano i giudici ammetterlo come principio di pruova scritturale senza violare la legge: sì, secondo l' autore.*

257. È regola comune a tutte le copie, che quando esiste il titolo originale, esse fanno fede soltanto di ciò che si contiene nel titolo, di cui può chiedersi sempre l'esibizione; art. 1554 c. c. = 1288 ll. cc.

258. Ed in effetti i notai non debbono farsi lecito, anche per motivo d'interpretazione, di aggiungere cosa alcuna nelle copie autentiche e spedizioni che rilasciano, al titolo originale o minuta, nè di togliervi nulla. Se la minuta sia irregolare per qualche riguardo, debbono lasciar sussistere l'irregolarità nelle copie autentiche e spedizioni, giacchè non debbono togliere alle parti il beneficio della nullità, qualora l'irregolarità potesse dar luogo a pronunziarla.

239. Ma quando il titolo originale non esiste più, e ciò sia dimostrato, le copie fanno fede secondo le distinzioni che saranno qui appresso stabilite (art. 1335 c. c. = 1289 ll. cc.), e non è permesso al debitore, per dispensarsi dall'eseguire l'obbligazione, di addurne per pretesto che non gli viene esibito l'originale da lui sottoscritto.

Fu anche giudicato dalla Corte di Parigi nel 14 aprile 1810 (1) che la trascrizione letterale di un testamento, la cui minuta erasi dispersa o smarrita, nell'inventario che erasi fatto dell'eredità del testatore, bastava per comprovare l'esistenza ed il contenuto delle disposizioni. E nondimeno il decisionista non dice che il notaio il quale aveva fatto l'inventario era quello o il successore di quello da cui erasi ricevuto il testamento; la quale circostanza contribuiva ancora ad aumentare il dubbio sull'effetto di questa copia, e sembrava di doverla annoverare nella classe di quelle di cui è parola nel numero terzo del sopraddetto art. 1335, le quali sono considerate soltanto come semplici principj di pruova scritturale. Che anzi tutto induce a credere che la trascrizione nell'inventario erasi fatta sulla *spedizione* del testamento; talmente che questa trascrizione altro non era in realtà che una copia di copia, la quale, giusta l'ultima disposizione del medesimo articolo, non vale che come semplice indizio. Ma le circostanze della causa determinarono la decisione.

(1) *Sirey*, 1814, 1, 72.

240. Perchè il creditore sia dispensato dall'esibire il titolo originale, allorchè il debitore ne chiegga la presentazione, bisogna che provi di non più sussistere; e questa pruova si fa generalmente con un attestato del pubblico ufiziale che ricevè l'atto, o del suo successore o altro depositario delle sue minute, e che spiega, per quanto è possibile, la cagione della perdita del titolo, se mai sia avvenuta per forza irresistibile o per accidente, ovvero quanto si tratti di un titolo antico, la causa probabile per cui manca questo titolo nelle minute di cui è depositario il notaro che ha fatto il certificato; salvo al debitore il dimandare che sia ordinata una compulsoria, per assicurarsi di vantaggio della perdita reale di quella di cui trattasi, se vi siano dubbj a tal riguardo.

241. E qualunque sia il tempo trascorso dacchè si formò l'atto, il creditore non è dispensato dal produrre il titolo originale, finchè non sia giustificato di non più sussistere, se il debitore pretenda o sospetti di non essere fedelmente riprodotto: la legge non fa in tal caso la distinzione da essa fatta nell'art. 1357 c. c. = 1291 ll. cc. per riguardo agli atti di ricognizione, il cui titolo premordiale siamo dispensati dallo esibire, se il tenore di esso vi si trovi specialmente riportato, o se vi sieno più atti conformi di ricognizione avvalorati dal possesso, ed uno di essi abbia almeno la data di trent' anni.

242. Nondimeno se il creditore, in virtù della

copia autentica rilasciatagli, faccia un pignoramento di mobili o immobili, perchè il suo titolo riunisca tutte le condizioni richieste a tal effetto dall'art. 551 c. pr. = 641 ll. pr. civ., siccome questa copia si presume uniforme all'originale, ed ingiunge agli uffiziali di giustizia di porla in esecuzione, il debitore, se crede che non gli sia uniforme, deve provvedersi per sommaria esposizione, affinchè si esibisca la minuta. Imperocchè bisogna sempre prendere per base il titolo primordiale finchè sussista, essendo questo il vero deposito delle convenzioni delle parti. Ma ben si comprende che non gli è permesso dimandare all'uscieri di esibirgli il detto titolo, poichè questo uffiziale ministeriale non lo ha in suo potere, rimanendo le minute presso del notaio, e che neanche può impedirgli di porre in esecuzione la copia autentica, mentre gliene vien dato ordine dall'autorità competente. Adunque il debitore deve al più presto possibile istituire un giudizio per sommaria esposizione, a fin di ottenere che gli sia esibita la minuta, e di far ordinare che si sospenda fino allora il pignoramento.

243. L'art. 1555 c. c. = 1289 ll. cc. divide le copie in quattro classi, e fanno esse fede secondo le seguenti distinzioni, quando non esiste più il titolo originale.

« 1.^o Le copie autentiche di prima spedizione (1)

(1) Nei paesi di dritto consuetudinario la prima spedizione chiamavasi *copia autentica (grosse)*; nei paesi di dritto scritto, *prima spe-*

« fanno la stessa fede dell'originale. La medesima
« regola si osserva per le copie che sono state estrat-
« te per ordine del magistrato presenti le parti, o
« chiamate nelle debite forme (giusta l'art. 844
« c. pr. = 927 *ll. pr. civ.*), o per quelle che so-
« no state estratte in presenza delle parti e di loro
« reciproco consenso.

« 2.^o Le copie che senz'autorità del magistrato
« o senza il consenso delle parti, e dopo consegna-
« te quelle di prima spedizione, sieno state estratte
« dalla matrice dell'atto dal notaio che lo ha stipu-
« lato, o da uno de' suoi successori, o da uffiziali
« pubblici, i quali in tal qualità sono depositarj
« delle matrici, possono, qualora fosse perduto l'ori-
« ginale, far fede, purchè sieno antiche.

« Si considerano come antiche quando abbiano
« più di trent'anni.

« Quando abbiano meno di trent'anni, non pos-
« sono servire se non per principio di pruova scrit-
« turale.

« 3.^o Quando le copie estratte dalla matrice di
« un atto no'l sieno state dal notaio che l'ha rice-
« vuto o da uno de' suoi successori, o da uffiziali
« pubblici che in tal qualità sono depositarj delle
« matrici, non potranno servire se non per un prin-

dizione; e da per ogni dove titolo *parato*, cioè esecutivo, senza es-
servi bisogno di *pareatis* da parte de' tribunali.

Nondimeno possiamo contentarci di una prima spedizione non in
forma esecutiva, per esempio nel caso di una ricognizione di un
dritto di servitù, in cui non avvi a far precetto e pignoramento,
ma soltanto devesi provare un dritto.

254 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

« cipo di pruova scritturale, qualunque sia la loro antichità.

« 4.^o Le copie di copie potranno, secondo le circostanze, esser considerate come semplici indizj ».

Esaminiamo ciascuna di queste disposizioni.

244. Avvi una importante differenza, secondo Molineo (1), tra le copie autentiche di prima spedizione, e quelle estratte di poi per ordine del magistrato o per reciproco consenso delle parti.

Le prime fanno fede del loro contenuto e della loro data, non solo tra le parti, loro eredi o quelli che han causa da esse, ma anche riguardo ai terzi; in vece che le altre non fanno fede riguardo ai terzi. Esse non fanno fede, dice quell'autore, nè contra il coerede, nè contra il fideiussore, non chiamati al rilascio della seconda copia autentica, nè contra un creditore o qualunque altro estraneo; e per ulteriore conseguenza, conchiude che non basterebbero per comprovare una priorità d'ipoteca, nè per far pruova del titolo che deve servire di fondamento alla prescrizione di dieci e venti anni, perchè tuttociò che si è fatto in occasione della seconda spedizione, è rispetto ad essi, *res inter alios acta, quæ aliis nec prodesse nec nocere potest.*

Siamo perfettamente di accordo che la seconda copia autentica estratta, sia per ordine del magistrato, sia per comune consenso delle parti, non possa far fede contra un coerede, o un fideiussore, o

(1) *In consuetud. Parisiense*, § 8, glo. 1.^a, n.^o 57.

un condebitore solidale, o ogni altra persona interessata che non abbia aderito al suo rilascio, e che neanche siavi stato debitamente chiamato; che essa non vale ad obbligarli.

Ma crediamo parimenti che provi, anche riguardo ai terzi, di essersi fatta la convenzione, *rem ipsam*, ed in conseguenza che possa servire di base alla prescrizione di dieci e venti anni, dal giorno in cui fu estratta, poichè secondo il comun parere de' dottori, una scrittura privata ha questo effetto, dal momento in cui acquistò data certa. Potrebbe il creditore, pel medesimo motivo, prendere iscrizione in virtù di questa seconda copia autentica, e presentarsi nei giudizj di ordine aperti contra il debitore e nelle distribuzioni di beni mobili. La prima copia autentica era per riguardo ai terzi tanto *res inter alios acta*, quanto lo è la seconda, e se nondimeno avesse prodotto questi effetti a loro riguardo, in quanto che avrebbe provato *rem ipsam*, il fatto medesimo della convenzione, in somma il dritto del creditore, la seconda deve ugualmente provarlo, almeno dal giorno in cui fu estratta, poichè è benanche l'effetto di una espressa o tacita convenzione fra le parti: espressa, se mai siasi estratta di comune compenso; tacita, se lo sia stata per ordine del magistrato.

245. Le copie della seconda specie son quelle che chiamansi semplici spedizioni. Siccome esse non sono in forma esecutiva perchè si rilasciano dopo che vengon date le copie autentiche di prima spe-

dizione, ciascuna parte può spedirne tante quante le piaccia, senza il consenso dell'altra o senza l'ordine del magistrato, coll'obbligo di pagarne il costo.

E quando anche il notaio dimenticando i suoi doveri, dopo il rilascio della copia autentica a ciascuna parte, avesse dato ad una di esse una di tali copie in forma esecutiva, senza l'ordine del magistrato o senza il consenso di tutte le parti interessate, questa copia farebbe la stessa pruova che farebbe una copia non in forma esecutiva, o semplice spedizione.

Le copie di cui si tratta in caso di perdita dell'originale, fanno fede sol quando sieno state estratte dal notaio che ha ricevuto l'atto, o dal successore alle sue matrici, e quando abbiano la data di più di trent'anni; ma allora esse fanno fede, perchè non si può ragionevolmente supporre che il creditore si abbia preparato sì gran tempo prima, e prevedendo la perdita del titolo primordiale, un mezzo di aumentare le obbligazioni del debitore: quindi non bisogna attenersi alla data dell'atto, ma alla data delle copie stesse. E perchè facciano fede, in caso di perdita dell'originale, è ancora necessario che siano state estratte sulla minuta stessa dell'atto e dal notaio che lo ricevè o da un suo successore, o dagli uffiziali pubblici che in tale qualità erano depositarj delle matrici del notaio al momento in cui fu estratta la copia.

246. Allorchè tali copie non abbiano anni tren-

ta di data, non possono servire che come principio di pruova scritturale; e bisogna osservare di non dire l'articolo che *debbono* servire di principio di pruova, ma semplicemente che non *possono* servire se non come principio di pruova scritturale; lo che è ben diverso. I giudici adunque non sono obbligati di ammetterle, anche a questo titolo, se vi si opponga il loro convincimento (1). Altronde la Corte di cassazione, con suo arresto del 30 aprile 1807 da noi precedentemente citato, n.º 189, giudicò che il valutare le caratteristiche di un documento prodotto come principio di pruova scritturale, è di competenza de' magistrati, e perciò che la sentenza in ultima istanza o la decisione della Corte di appello la quale rigetta un documento presentato come principio di pruova scritturale, non va soggetto a cassazione.

Allorchè il tribunale ammette la copia come principio di pruova scritturale, lo è per eccezione alla definizione che l'art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc. arreca del principio di pruova scritturale, giacchè non attribuisce questo effetto se non ad una scrittura che *deriva da colui contro il quale si propone la dimanda, o da quello ch'egli rappresenta*, e che rende verisimile il fatto allegato: or questa copia non è una scrittura emanata da colui al quale viene opposta, nè dal suo autore.

(1) V. cioè che diciamo *infra*, parlando del principio di pruova scritturale definito dall' art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc.

247. Poichè la copia può valere come principio di pruova scritturale nel caso preveduto e sotto le condizioni che sono state spiegate, segue da ciò che la pruova testimoniale è ammissibile per completare la pruova, essendo ammissibile allorchè esiste un principio di pruova scritturale (suddetto art. 1547); ma, stante l'antichità dell'atto, sarà raro che tale pruova sia possibile in fatto.

Per via di conseguenza i magistrati possono anche determinarsi col soccorso delle presunzioni gravi, precise e concordanti, qualunque sia il valore della lite, poichè vi sono autorizzati dall'art. 1555 c. c. = 1307 ll. cc. nei casi in cui la legge ammette le *pruove testimoniali*. Or essa le ammette ogni qual volta vi sia un principio di pruova scritturale; art. 1547 c. c. = 1301 ll. cc. Non è altronde verisimile che i compilatori del Codice considerando queste copie come potendo servire di principio di pruova scritturale, abbiano inteso che la sola pruova testimoniale valesse a completare la pruova; giacchè, come pocanzi abbiamo detto, la pruova testimoniale sarà nel fatto raramente possibile in questo caso.

248. Le copie della terza specie son quelle, abbiamo detto, che furono estratte dalla matrice dell'atto, ma non dal notaio che lo ricevè o da uno de' suoi successori, o pubblici uffiziali che in tale qualità erano depositarj delle matrici; non potendo esse servire, qualunque sia la loro antichità, se non come principio di pruova scritturale: il che

non vuol dire che abbiano questo effetto anche nel caso in cui la loro data fosse minore di anni trenta, poichè sarebbe un attribuire ad esse una forza e valore simile a quelle rilasciate da uffiziali che avevano qualità per farlo, come nel caso precedente, il che sarebbe contrario alle regole della materia; ma il che vuol dire che quando anche tali copie avessero una data maggiore di anni trenta, potranno servire sol come principio di pruova scritturale.

Queste copie adunque furono estratte da qualcuno che per qualche particolare circostanza ebbe in poter suo la matrice dell'atto, poichè si suppongono estratte dalla matrice. Pothier dice che esse formano un *lievissimo indizio*; ma l'art. 1355 c. c. = 1289 ll. cc. sembra dar loro maggiore effetto, autorizzando i giudici ad ammetterle come principio di pruova scritturale. Nondimeno crediamo che essi debbano essere più riservati in ammetterle a questo titolo, che quelle del caso precedente, le quali furono estratte dal notaio che ricevè l'atto, o da uno de' suoi successori, o da pubblici uffiziali che in tale qualità erano depositarj delle matrici. Vero è di supporre che queste non abbiano la data di anni trenta, mentrechè quelle di cui parliamo adesso debbono avere almeno trent'anni per poter essere ammesse come principio di pruova scritta; ma questa differenza in generale non basta, a parer nostro, per bilanciar quella la quale risulta dacchè le une vennero estratte da uffi-

ziali competenti a tale effetto , mentrechè le altre lo furono da persone diverse : per lo che Pothier le riguardava come lievissimi indizj.

249. Le copie della quarta specie sono le copie di copie , e l' art. 1335 c. c. = 1289 *ll. cc.* dice che possono , secondo le circostanze , esser considerate come *semplici indizj*. Nondimeno vi sono casi in cui esse hanno un più potente effetto , poichè fanno pruova completa , salvo all' altra parte il dimandare l' esibizione del titolo originale , se esista , ed a rimettersi ad esso.

250. In effetti , secondo l' art. 844 c. pr. = 927 *ll. pr. civ.* , può una parte farsi rilasciare una seconda spedizione esecutiva non solo sopra un originale di atto , ma ancora *in forma di una copia autentica sopra una prima spedizione esecutiva che sia depositata* ; il che non è se non una copia di copia , ed il che non appartiene ad alcuno de' tre primi casi del sopradetto art. 1335 , in tutti i quali parlasi soltanto di copie estratte dalla *matrice*. A quest' effetto , come lo abbiain precedentemente espresso circa alle seconde spedizioni esecutive , estratte dalla matrice medesima dell' atto , la parte presenta dimanda al presidente del tribunale di prima istanza : ed in virtù dell' ordinanza relativa cita il notaio depositario della copia autentica ad eseguirne il rilascio nel giorno e nell' ora indicata , e le parti interessate ad esservi presenti : è fatta menzione in piè della seconda spedizione esecutiva di questa ordinanza , e della somma per cui

sarà permesso di procedere all'esecuzione, se il credito sia stato in parte soddisfatto o ceduto.

Ed in caso di contraddizione, le parti procedono in via di sommaria esposizione; art. 845 *ibid.* = 928 *ibid.*

Così ancora, se dopo aver depositato la mia copia autentica appresso un notaio, anche diverso da quello che ha ricevuto l'atto, io ne estraggo una spedizione in forma esecutiva col consenso del debitore, potrei valermi di questa spedizione per procedere all'esecuzione, ed essa farà fede contro di lui e de' suoi eredi in caso di perdita dell'originale, come l'originale stesso, abbenchè tuttavolta non sia che *una copia di copia*; imperocchè avendo il debitore aderito che mi fosse rilasciato, ha pur con ciò riconosciuto la verità delle convenzioni contenute in quella dalla quale è stata estratta; e siccome l'atto con cui fece tale ricognizione è innanzi notaio, gli si deve prestar fede sino all'iscrizione in falso, in conformità dell'art. 1319 c. c. = 1273 *ll. cc.*

Questi due casi non sono dunque quelli che si ebbero in mira nel n.º 4 dell'art. 1335 c. c. = 1289 *ll. cc.* quando dice: « che le copie di copie « potranno, secondo le circostanze, esser considerate come semplici indizi ».

Ma si comprende che per riguardo al coerede del debitore, al fideiussore o al condebitore solidale i quali non hanno aderito al rilascio della seconda copia, o che non sono stati citati di tro-

varsi presenti al rilascio di quella la quale si fosse estratta per ordine del magistrato, deve avvenire come delle copie autentiche estratte dalla matrice dopo il rilascio della prima, senza il loro consenso e senza che sieno stati citati di trovarsi presenti al rilascio di quella che ha avuto effetto per ordine del magistrato; essa neanche può far fede contra di loro. Ma riguardo ai terzi, proverebbe ugualmente *rem ipsam*, come la prima copia autentica; per conseguenza servirebbe di base alla prescrizione di dieci e venti anni a principiare dalla sua data, e se la convenzione producesse ipoteca, il creditore potrebbe similmente prendere iscrizione.

251. Una seconda specie di copie di copie trovasi nel caso seguente, ma con effetti meno estesi che in quelli de' quali abbiamo pocanzi parlato; ed è quando un terzo voglia far uso di una copia estratta da quella che un'altra persona aveva pur essa fatta estrarre dalla matrice dell'atto. Pothier arreca questo esempio, secondo Molineo: « Pietro, domestico di un
« mio parente di cui sono erede, ha fatto, in virtù di un'ordinanza del magistrato, in presenza
« del mio procuratore, estrarre copia intera del testamento di questo congiunto; dopo di che ha
« da me ottenuto il rilascio d'un legato di cento scudi
« ch'era gli fatto col testamento: questa copia è stata
« estratta dall'originale che era depositato appresso
« un notaio. Di poi sopravviene Giacomo che dimanda il rilascio di un legato di dieci mila scudi fatto col medesimo testamento; e siccome l'o-

« riginale è stato poscia smarrito, egli presenta di-
 « manda al giudice per esserne estratta copia in
 « mia presenza, o me debitamente chiamato, su
 » quella che erane stata estratta da Pietro. Molineo
 « dice che questa copia estratta da Giacomo su
 « quella estratta da Pietro, non fa contro di me
 « *intera prova*, come il farebbe in favore di Pie-
 « tro quella che ha costui estratta sull' originale,
 « perchè, egli dice, *nova contradicendi causa su-*
 « *best*. Io ho adesso ragione di contraddire e d'ini-
 « pugnare l' originale che non aveva quando Pie-
 « tro fece estrarre la sua copia: essendo il legato
 « che Pietro mi dimandava un modico legato di
 « 100 scudi, non valeva la pena che io impugnas-
 « si l' originale del testamento: ecco perchè ha po-
 « tuto trascurare i mezzi che aveva d' impugnar-
 « lo. Ma or che Giacomo mi chiede 10,000 scudi,
 « mi preme molto lo esaminare se l' originale del
 « testamento sia in regola; per la qual cosa, dal-
 « l' aver io voluto riguardare la copia di Pietro
 « come copia di un testamento in regola, non nè
 « segue che io debba riconoscere lo stesso in riguardo
 « alla copia di Giacomo, estratta su quella di Pietro».

Questa risoluzione ci sembra incontrastabile, ma
 il Codice dice che le copie di copie potranno, se-
 condo le circostanze, esser considerate come semplici
 indizi; in vece che Molineo e Pothier, nella sud-
 detta specie, par che considerino la copia di copia
 come più potente, dicendo che non fa *intera pruo-*
va, lo che indica chiaramente, secondo essi, che

forma un principio considerabilissimo di pruova scritta: or secondo le due ultime disposizioni dell'art. 1335 c. c. = 1289 ll. cc. insieme combinate, è chiaro che un principio di pruova per iscritto è più di un semplice indizio. Ma nella specie preveduta da questi autori, la copia di copia deve in fatti valere come un principio di pruova scritta, e si vide più sopra che la Corte reale di Parigi ordinò il rilascio di un legato fatto con un testamento perduto o smarrito, di cui non esibivasi altra pruova che la trascrizione letterale fatta nell'inventario dell'eredità, la quale copia erasi probabilmente eseguita pure sopra una spedizione o copia dell'originale.

252. Avvi ancora un'altra specie di copie di copie: allorchè la parte fa estrarre una copia dalla spedizione o anche dalla copia autentica rilasciatagli non presente l'altra parte e senza ordine del magistrato. Questa copia, quando anche fosse estratta da un notaio, non potrebbe servire che di semplice indizio, e non di principio di pruova scritta; giacchè il notaio potrebbe attestare soltanto una cosa, di aver estratta questa copia da quella presentatagli o datagli in deposito, e di averla estratta con la più scrupolosa esattezza; ma non potrebbe attestare *propriis sensibus* che le convenzioni contenute nell'atto da cui l'ha estratta sono certe, poichè non le vide contrarre. Viemaggiormente se questa copia fosse una scrittura privata, estranea alla parte a cui venisse opposta, sarebbe un

debolissimo indizio, ed anche presso a poco nulla, se essa fosse del creditore medesimo o di un suo successore, ovvero se fosse priva di firma e di data.

In generale si ebbero in mira per copie di copie, come potendo servire di semplici indizj, quelle ch'erano fatte anticamente dagli esattori fondiarij (*commissaires-terriers*), e talvolta dagli esattori delle decime sopra spedizioni che si trovavano presso di essi.

253. Secondo l'art. 1356 c. c. = 1299 ll. cc.,
« La trascrizione di un atto nei registri pubblici
« non può servire se non per principio di pruova
« scritturale; ed anche per questo è necessario:

« 1.^o Che sia certo di essersi perdute tutte le
« matrici del notaio, di quell'anno in cui l'atto
« apparisce essere stato fatto, ovvero che si provi
« essersi perduta la matrice di tale atto per un ac-
« cidente particolare;

« 2.^o Che esista un repertorio del notaio, fatto
« regolarmente, donde apparisca che l'atto fu fatto
« nella medesima data.

« Quando nel concorso di queste due circostanze
« verrà ammessa la pruova per mezzo di testimo-
« ni, sarà necessario che vengano esaminati coloro
« che furono testimoni all'atto, se tuttora esistono ».

254. La ragione che Pothier assegnava di queste disposizioni, è che sarebbe in potere di un falsario il far inscrivere nel registro delle *insinuazioni* un falso atto di donazione, e di annullare le pruove della falsità distruggendo di poi questo atto. La

formalità della trascrizione surroga oggidì quella dell'insinuazione, e non è prescritta se non per le donazioni di beni capaci d'ipoteca (art. 959 c. c. = 863 ll. cc.), cioè gl'immobili, i loro accessorij riputati immobili e l'usufrutto de' medesimi beni; art. 2118 c. c. = 2004 ll. cc.

Ma si trascrivono benanche gli atti di vendita d'immobili, e quelli di permuta di beni della stessa natura: sicchè il sopraddeuto art. 1556 è similmente applicabile alla trascrizione di questi atti.

255. Questo articolo tace sull'effetto della *registrazione*, che non è altro se non una sommaria enunciazione della natura dell'atto e della sua sostanza, sopra un registro, affin di provarne la data..... e di soggettare le parti al pagamento dei dritti di passaggio di proprietà, o altri dritti stabiliti dalle leggi.

È chiaro che per le scritture private, siccome non possono esistere le condizioni richieste dall'art. 1556, la loro registrazione non potrebbe produrre un principio di pruova scritta.

Avvi dunque quistione sol riguardo agli atti autentici che non siano stati sottoposti alle formalità della trascrizione (1). Puossi pretendere che quando anche concorressero le due condizioni richieste

(1) Siccome, giusta la legge di finanza del 1816, il dritto di trascrizione si riscuote nel tempo stesso che il dritto graduale per passaggio di proprietà, non si ha più interesse a non far trascrivere, come prima di questa legge; talmente che la trascrizione ha quasi sempre luogo, quando anche non abbiasi a purgare ipoteca alcuna.

da questo articolo, la semplice registrazione dell'atto non debb' essere ammessa come principio di pruova scritturale, attesochè il Codice non lo dice, come lo dice riguardo alla trascrizione; e non emanando la registrazione da colui al quale venisse opposto, nè dal suo autore, non siamo in alcuno de' casi in cui la legge autorizza l' ammissione di un atto come principio di pruova scritta. Si può aggiungere che il modo della trascrizione e quello della semplice registrazione sono assai diversi; che la prima è la copia letterale dell'atto sopra i registri, mentre che la seconda è una semplice sommaria enunciazione della natura e della sostanza di questo atto; ed in conseguenza siccome il primo modo, atteso lo sviluppamento di tutte le convenzioni contenute nell'atto, offre maggiori mezzi del secondo di giudicare della veracità di tali convenzioni, si comprende benissimo di aver la legge potuto riguardar l'uno come potendo servire per principio di pruova scritturale, col concorso delle due condizioni da essa richieste, senza aver voluto perciò attribuire il medesimo effetto all' altro.

Non ostante queste ragioni, noi crediamo che mediante il concorso di queste due condizioni, le quali sono al certo valide garanzie contra la possibilità di un atto falso che si fosse fatto registrare, e poscia distrutto, non vi possano essere gravi inconvenienti in ammettere la registrazione come principio di pruova scritta, se altronde le circostanze della causa non ne distolgano i giudici. Non si può disconvenire

che essa non renda *verisimile* il fatto allegato, ed è ciò principalmente che desidera la legge per autorizzare i tribunali ad ammettere un documento come principio di pruova scritta. Se essa richiede nei casi ordinarj che tale documento sia scritto di pugno della persona a cui viene opposto, o di quello del suo autore, ne è motivo di esser questa la circostanza che più comunemente rende verisimile il fatto: or la registratura riunendo le condizioni richieste dal precitato articolo, rende alcerto *più verisimile il fatto allegato*, che una semplice copia estratta da tutt'altri che dall'uffiziale competente, e nondimeno questa copia, quando sia antica, può valere come principio di pruova scritta, giusta il n.º 3 dell' art. 1555 c. c. = 1289 ll. cc. E se le stesse copie di copie, estratte da persone diverse dai pubblici uffiziali che avevano qualità per estrarle, possono esser considerate, secondo le circostanze, quai semplici indizj, come mai potrebbesi dire che la registratura, con le sopra espresse condizioni, non debba essere di qualsivoglia considerazione? Vi sarebbe evidentemente discrepanza nella legge.

Nondimeno Toullier non vi attribuisce alcun effetto. Delvincourt al contrario la considera come un principio di pruova scritta: ed in quanto a noi crediamo che i tribunali possano ammetterla come tale, o rigettarla, secondo le circostanze della causa; che se la rigettino, certamente il loro giudicato non sarebbe capace di essere riformato in cassazione, poichè non si troverebbe violata alcuna

legge; però che se l'ammettino, la sentenza potrà essere riformata in grado di appello qualora, in ragione delle circostanze, la Corte reale vi scorga un *mal giudicato*, ma che la Corte di cassazione non riformerebbe, stante che, secondo la sua giurisprudenza, i tribunali hanno un potere discrezionale per valutare gli elementi che costituiscono un principio di pruova scritta, come lo giudicò col suo già citato arresto del 30 aprile 1817.

§ V.

Degli atti di ricognizione e di conferma.

SOMMARIO.

256. *Che intendasi per atti di ricognizione.*
257. *Che per atti di conferma.*
258. *Testo dell' art. 1337 c. e., circa all' effetto degli atti di ricognizione.*
259. *Avvene di due specie, per riguardo alla forma in cui sono concepiti, e gli effetti sono diversi.*
260. *Allorchè il tenore del titolo primordiale si trovi specialmente riportato nell' atto di ricognizione, il creditore è dispensato di esibire il titolo primordiale.*
261. *Ma se esiste ancora, il debitore può esibirlo, e bisogna attenersi, qualunque sia l' antichità del titolo di ricognizione.*
262. *Nondimeno il debitore, se gli fosse più vantaggioso il titolo di ricognizione, ed avesse questo la data al di là di 30 anni, potrebbe opporre la prescrizione per ciò che si trovasse di più nel titolo primordiale.*
263. *Caso in cui il tenore del titolo primordiale non si trovi specialmente riportato nel titolo di ricognizione: discussione sul merito della disposizione della legge a tal riguardo.*
264. *Senso del vocabolo generico ratifica, e della parola conferma.*
265. *Le condizioni richieste dall' art. 1338 c. c. non lo sono per gli atti coi quali ratifichiamo cioè che fece un terzo per noi.*

270 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

266. *Ma se l'atto fatto dal terzo fosse sottoposto ad annullamento, non potrebbe essere validamente confermato che in conformità di questo articolo.*

267. *Condizioni che esso richiede per la validità dell'atto di conferma, e motivi che le fecero richiedere.*

268. *Caso in cui fosse aggiunta una penale ad un atto di conferma che non avesse tutte queste condizioni.*

269. *Caso in cui le parti abbiano fatto una novazione dell'obbligazione viziosa.*

270. *Confronto e conciliazione degli art. 1338, 2032 e 2052 e. c., intorno alle transazioni fatte sopra titolo nullo.*

271. *Non si possono confermare le obbligazioni contrarie alle leggi o al buon costume, o che non hanno alcuna causa.*

272. *Obbligazioni capaci di essere confermate.*

273. *Quando vi sieno più vizj, bisogna menzionarli tutti nell'atto di conferma, altrimenti il vizio non menzionato non è purgato.*

274. *Dovrebbe essere altrimenti, almeno in generale, se questo vizio fosse semplicemente di forma.*

275. *L'atto di conferma in iscrittura privata, che induce semplicemente rinunzia al mezzo di nullità, non ha bisogno di esser fatto in doppio originale: secus, quando sia conceputo nello spirito di una transazione.*

276. *Se l'atto di conferma sia nullo per non riunire le condizioni dell'art. 1338, la quistione se la conferma avrà effetto, nel caso in cui fosse confessata, si risolve con una distinzione.*

277. *L'esecuzione volontaria dell'atto annullabile o rescindibile, in tempo di capacità, ed in cognizione di causa, purga ugualmente il vizio.*

278. *Un venditore ed un compratore eseguono entrambi il contratto, allorchè uno di essi paga e consegna, e l'altro riceve, benchè costui non consegna nè paghi.*

279. *Nel caso di lesione di oltre i sette dodicesimi del prezzo di un immobile, il rilascio o il pagamento del prezzo non basta purtuttavolta a purgare il vizio.*

280. *L'esecuzione, benchè parziale, purga benanche i vizj del contratto.*

281. *Nondimeno se l'obbligazione fosse senza causa, cioèchè si fosse pagato volontariamente non sarebbe soggetto a ripetizione, ma il rimanente non sarebbe per questo esigibile.*

282. *Allorchè l'esecuzione fosse una necessaria conseguenza dell'atto, non ne purga il vizio: esempi.*

283. *Altro esempio.*

284. *Altro esempio arrecato da Perazio, il cui parere non dovrebbe essere seguito.*

285. *La conferma o volontaria esecuzione non pregiudica i diritti allora acquistati dai terzi: sviluppiamenti per ciocchè riguarda le ipoteche concesse da un minore.*

286. *Viemaggiormente se trattisi di una semplice ratifica di ciò che venne fatto da un' altra persona.*

287. *Nell' antica giurisprudenza, tenevasi per massima che gli atti nulli di dritto, e poscia confermati, avevano effetto sol dal giorno della conferma: ut ex nunc, e non ut ex tunc.*

288. *Risolvevasi il contrario circa agli atti semplicemente rescindibili.*

289. *Il Codice non fa questa distinzione: soltanto vuole in ogni caso che la ratifica non sia di nocumento ai dritti allora acquistati dai terzi.*

290. *Il donante non può con alcun atto di conferma confermare una donazione nulla nella forma.*

291. *Secus de' suoi eredi, purchè ciò sia dopo la sua morte.*

292. *Ma circa al donante d' immobili, non può confermare la donazione nulla nella forma, anche colla volontaria esecuzione.*

293. *Se trattisi di una donazione di somma o altra cosa mobile, cioèchè il donante pagò volontariamente non si può ripetere, ma non puossi pretendere da lui il rimanente.*

294. *Lo stesso donante potrebbe confermare una donazione nulla per un vizio diverso da un vizio di forma.*

256. Intendesi per atto di *ricognizione* quello che il debitore di una rendita o altro annuo canone dà al creditore del dritto a fin d' impedire la prescrizione.

L' art. 2263 c. c. = 2569 ll. cc. dispone sopra gli atti di questa specie, dicendo che « dopo vent' otto anni dalla data dell' ultima scrittura, il debitore di una rendita può essere astretto a somministrarne a proprie spese una nuova al suo creditore ». Imperocchè siccome le quietanze degli arretrati vengono ordinariamente rilasciate

in iscrizioni private, ed il creditore non è solito di riceversi controquietanze, il debitore, dopo trent'anni dal titolo primordiale o dall'ultimo titolo, potrebbe pretendere di essere liberato colla prescrizione, poichè niuna cosa proverebbe di aver riconosciuto il debito col successivo pagamento delle annualità arretrate, trovandosi le quietanze in suo potere.

Il titolo costitutivo delle servitù non capaci di acquistarsi oggidì con prescrizione, cioè delle servitù discontinue, apparenti, o non apparenti, e delle servitù non apparenti, non può essere supplito se non da un titolo di ricognizione, emanato dal proprietario del fondo serviente; art. 690, 691 e 695 c. c. = 611, 612 e 616 ll. cc. insieme combinati.

257. Gli atti di *conferma* sono quelli coi quali si dà forza ad un atto precedente che erane privo, o che non ne aveva una piena ed intera: *qui firmitum actum reddunt*.

E questi atti sono anche di due specie: quelli che chiamansi atti di *conferma*, e quelli chiamati atti di *ratifica*. Noi parleremo degli uni e degli altri.

ART. I.

Degli atti di ricognizione.

258. Gli atti di ricognizione, come lo abbiamo detto, sono quelli coi quali il debitore di una

rendita o altro annuo canone *riconosce* il dritto del creditore. Vengono opposti al titolo primordiale, che, siccome lo dice il nome, è il primo atto intervenuto fra le parti. Così, il titolo primordiale di una rendita è l'atto medesimo della costituzione della rendita.

L'art. 1337 c. c. = 1291 ll. cc., il quale regola l'effetto di questi atti, dispone:

« Gli atti di ricognizione non dispensano dall'esibire il titolo primordiale, se non quando il tenore di esso vi si trovi specialmente riportato.

« Tuttociò che contengono dippiù del titolo primordiale, o che vi si trovasse di diverso, non ha alcun effetto.

« Ciò non ostante, se vi fossero più atti conformi di ricognizione avvalorati dal possesso, ed uno di essi avesse la data di trent'anni, il creditore potrà essere dispensato dallo esibire il titolo primordiale ».

259. Quindi vi sono due specie di atti di ricognizione: quelli nei quali il tenore del titolo primordiale si trovi specialmente riportato, e quelli in cui la sola sostanza di questo titolo è menzionata e riconosciuta.

Gli atti di ricognizione che riportano specialmente il tenore del titolo primordiale son quelli che Molineo, e secondo lui Pothier, chiamano atti di ricognizione *ex forma speciali*; essi appellano gli altri atti di ricognizione *ex forma comuni*, ed i loro effetti, come vedesi, non sono simili a quelli de' primi.

260. Quando il tenore del titolo primordiale è specialmente riportato nell'atto di ricognizione, per essere il creditore dispensato dall'esibir questo titolo primordiale, non è necessario che l'atto di ricognizione sia più o meno antico, che ve ne sieno molti o un solo, e che esso venga oppur no avvalorato dal lungo possesso: talmente che quando anche fosse solo ed avesse un anno di data, e meno ancora, il creditore sarebbe dispensato dall'esibire il titolo primordiale.

261. Ma nulla impedirebbe al debitore di esibirlo, se per anco esistesse, e di riportarvi, se le clausole di questo titolo contenessero qualche cosa di diverso da quelle dell'atto di ricognizione, e che gli fosse più vantaggioso; giacchè bisogna sempre tener presente il titolo primordiale, allorchè esista, o allorchè il debitore abbia dritto di richiederne la esibizione; e la diversità che contiene l'atto di ricognizione *non ha alcun effetto*, ancorchè il tenore del titolo primordiale vi si trovi specialmente riportato, il che suppone pure l'art. 1357 c. c. = 1291 ll. cc., ed ancorchè questo atto avesse una data maggiore di anni trenta.

Semplice n'è la ragione: una *ricognizione*, e non altra cosa è l'atto di ricognizione, come il nome lo indica, non induce novazione, poichè la novazione distrugge l'obbligazione, sostituendogliene una nuova (art. 1271 c. c. = 1225 ll. cc.), mentrechè la ricognizione ha per oggetto al contrario di perpetuarla. La novazione altronde non si presume;

è d'uopo che la volontà di effettuarla risulti chiaramente dall'atto; art. 1273 c. c. = 1227 ll. cc. Ciò soprattutto è particolarmente vero allorchè avesse per effetto di aumentare le obbligazioni del debitore.

Laonde « le ricognizioni di ambedue le specie « (*ex forma speciali et ex forma communi*), « dice Pothier, secondo Molineo (1), hanno ciò di « comune, che sono relative al titolo primordiale; « che colui il quale fa' la ricognizione non si reputa « voler contrarre *alcuna nuova obbligazione*, ma « soltanto *riconoscere* l'antica che fu contratta col « titolo primordiale. Per lo che se colla ricogni- « zione si è obbligato a qualche cosa di più o di « differente di ciò che si contiene nel titolo pri- « mordiale, presentando questo titolo, e facendo « conoscere l'errore incorso nella ricognizione, egli « sarà liberato.

« Siffatta risoluzione ha luogo, quando anche « l'errore si trovasse in una lunga serie di rico- « gnizioni: converrà sempre ritornare al titolo pri- « mordiale. »

262. Nondimeno Pothier opina in prosieguo che se l'atto di ricognizione fosse al debitore più favorevole del titolo primordiale, e se vi fossero più atti di ricognizione uniformi, uno de'quali avesse più di trent'anni di data, il creditore non potrebb-

(1) *Nam recognitiones non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis, sed solum animo recognoscendi: unde simplex titulus novus non est dispositivus. In Consuet. paris. § 8, gl. 1, n. 19 e 88.*

be, presentando il titolo primordiale, pretendere più di quello contenuto nelle ricognizioni, atteso che il di più sarebbe prescritto, se tuttavia la prescrizione avesse potuto decorrere contro di lui a ragione della sua qualità.

Ciò è sì vero, che non iscorgiamo perchè Pothier richiede che vi siano molti atti di ricognizione uniformi; imperocchè la regola che gli atti di ricognizione si riferiscono al titolo primordiale, non apporta pregiudizio alla prescrizione come di dritto, se non ne sia stato sospeso o interrotto il corso secondo le cause espresse dalla legge. Così, il titolo primordiale era una costituzione di rendita di cento franchi senza alcuna ritenuta per imposizione o altra causa: pel corso di trent'anni e più la rendita non fu pagata che con una certa ritenuta, come lo attestano le ricevute, ed avvi un atto di ricognizione della data di più di trent'anni, che dichiara di esser la rendita con ritenuta; ci sembra indubitato che il debitore abbia acquistato la prescrizione del dritto di non pagare la rendita che con la ritenuta, se essa potè decorrere contra il creditore; giacchè per motivo delle ricevute, indicanti di essersi pagata la rendita con una ritenuta, essa avrebbe luogo anche quando non vi fosse stato atto di ricognizione: viemaggiormente deve aver luogo nella specie, in cui avvenne uno, ed uniformemente al quale è stata pagata la rendita. Ancorchè questo atto avesse meno di trent'anni di data, la prescrizione nel caso di cui si tratta avrebbe potuto sempre acquistarsi.

Se accade diversamente allorchè l'atto di ricognizione è più oneroso pel debitore che nol sia il titolo primordiale, è perchè la prescrizione verrebbe invocata dal creditore, per conseguenza quella ad effetto di acquistare: or niuno può prescrivere contra il proprio titolo ad effetto di acquistare (art. 2240 c. c. = 2146 ll. cc.); invece che nell'ultima ipotesi, è il debitore al contrario quello che invoca la prescrizione, e ben si prescrive contra il titolo dato contra sè stesso, perchè si prescrive ad effetto di liberarsi; anzi in tal modo si effettua sempre questa specie di prescrizione; art. 2241 c. c. = 2147 ll. cc.

263. Ma perchè mai nel caso in cui il tenore del titolo primordiale non sia specialmente riportato nell'atto di ricognizione, richiedesi che vi sieno *molti atti di ricognizione uniformi*, e uno di cui abbia per lo meno trent'anni di data, acciò sia il creditore dispensato di presentare il titolo primordiale?

È questa una delle regole stabilite da Molineo, e seguite da Pothier. Quegli autori si fondavano sul perchè non si considera di voler il debitore contrarre alcuna nuova obbligazione col nuovo atto; ciò ch'è vero; e dicevano che il creditore è dispensato di presentare il titolo primordiale, allorchè vi sieno molti atti di ricognizione uniformi, uno dei quali sostenuto dal possesso ha una data di più di trent'anni, perchè questa uniformità di ricognizioni fa presumere che esse riportino fedelmente

il contenuto del titolo primordiale; ma che tale ragione non sussiste quando non evvi che un solo atto di ricognizione, ancorchè avesse più di trent'anni.

Il vero motivo è che Molineo aveva voluto nelle materie feudali premunire i vassalli contra le usurpazioni de' signori; ma tale motivo non sussiste nelle materie ordinarie.

In fatti perchè mai una ricognizione la quale senza riportare specialmente il tenore del titolo primordiale, ne contenga nondimeno chiaramente e positivamente la sostanza, una ricognizione *ex forma communi*, come dicono questi autori, non farebbe fede, abbenchè fosse sola, ed anche abbenchè non avesse trent'anni di data, salvo al debitore di presentare il titolo primordiale, se creda che sia meno oneroso per lui? È forse perchè non è essa una confessione per iscritto? indubitabilmente. Or, poichè secondo l'art. 1555 — 1.º c. c. = 1289 — 1.º ll. cc., le copie estratte di consenso delle parti dalla matrice dell'atto, dopo consegnate le copie di prima spedizione, fanno fede in caso di perdita dell'originale, non si scorge perchè una ricognizione del debitore non farebbe fede come il titolo primordiale, nel medesimo caso. E se, giusta il n.º 2 del medesimo articolo, una copia sola avente più di trent'anni di data, ed estratta dal depositario dalla matrice, fa fede ugualmente, in caso di perdita dell'originale, abbenchè sia stata estratta dopo consegnata quella di prima spedizione, senza il

consenso di tutte le parti interessate e senza l'autorità del giudice, come mai una ricognizione sottoscritta dal debitore, e che per tal motivo offre sicuramente maggior garanzia, potrebbe non essere ammessa, perchè fosse sola, ancorchè avesse una data di più di trent'anni, e fosse avvalorata dal possesso? Che siffatta ricognizione nulla aggiunga all'obbligazione del debitore, è regolare, perchè si presume che costui non abbia voluto far novazione in suo pregiudizio, ma almeno dovrebbe essa dispensare il creditore dal presentare il titolo primordiale, salvo al debitore di presentarlo egli stesso, se pretenda che sia meno oneroso per lui, ed essa dovrebbe dispensarcelo, ancorchè avesse meno di trent'anni di data.

È questo pure il parere di Delvincourt, il quale crede che non vi sia altro mezzo da conciliare l'art. 1337 c. c. = 1291 ll. cc. coll'art. 1335 c. c. = 1289 ll. cc. e le vere regole sulla confessione per iscritto, se non distinguendo le persone alle quali viene opposto l'atto di ricognizione. A creder suo, la ricognizione in qualunque modo venga fatta, qualunque sia la sua data, ed ancorchè fosse sola, fa fede contra colui dal quale proviene e suoi eredi, perchè è essa effettivamente una confessione per iscritto, salvo a loro di produrre il titolo primordiale; ma non fa fede contra i terzi, se non quando riunisca le condizioni richieste dall'art. 1337 c. c. = 1291 ll. cc.

Tuttavolta adettando la prima parte di questa opinione, modifichiamo la seconda, in quanto che

i coeredi di colui che fa l'atto di ricognizione, i suoi condebitori solidali ed i suoi confideiussori, non potrebbero esser vincolati dall'atto di ricognizione se non quando vi fossero intervenuti, anche allorchè il tenore del titolo primordiale vi fosse specialmente riportato; imperocchè siffatta condizione non è provata riguardo a coloro che non acconsentirono a questo atto: è per essi *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest*; in guisa che possono sempre, se sieno convenuti, dimandare la presentazione del titolo primordiale, esclusivamente col quale essi sono o si sono obbligati. Quanto fu da noi detto a loro riguardo nel caso di una seconda spedizione in forma esecutiva rilasciata senza il loro consenso, e senza che sieno stati chiamati in virtù di ordinanza del giudice di trovarsi presente al rilascio, è applicabile eziandio agli atti di ricognizione, perchè la ragione è assolutamente la stessa. Del resto la ricognizione proverebbe la convenzione o l'obbligazione, *rem ipsam*, riguardo agli altri creditori del debitore, ancorchè avesse meno di trent'anni, e non vi fosse specialmente riportato il tenore del titolo primordiale; ed in conseguenza il creditore potrebbe prendere iscrizione, se essa ve lo autorizzasse, rinnovare quella già presa e presentarsi in tutte le distribuzioni di somme.

ART. II.

Degli atti di conferma.

264. Generalmente la parola *ratifica* significa lo stesso che la parola *approvazione*: ambedue queste voci si applicano perfettamente all'atto col quale noi ci appropriamo ciocchè fu fatto da un terzo per noi, in nostro nome, senza un ordine o mandato da nostra parte; e questo atto è anch'esso assimilato al mandato: *rati enim habitio mandato comparatur*; ll. 12, § 4, ff. *de solut.*, e 1, § 14, ff. *de vi et vi armata*.

Ma quando approviamo un atto fatto dal nostro autore, o al quale noi intervenimmo, e che può essere impugnato a causa di qualche vizio, allora il nuovo atto chiamasi più specialmente *atto di conferma*, abbenchè il Codice, specialmente nell'art. 1338 c. c. = 1292 ll. cc., gli dia indifferentemente la denominazione di atto di conferma o di ratifica.

265. Ciò è indifferente quando si tratta dell'approvazione degli atti ai quali siamo concorsi per noi stessi o per mezzo de' nostri autori; ma allorchè si tratta di atti fatti da terzi, in nostro nome o per noi, e che noi poscia approviamo, allora questa specie di ratifica non è regolata dall'art. 1338 nella sua prima parte; essa ha i suoi principj nel titolo *del mandato*. Fu ciò giudicato con

molta ragione dalla Corte suprema con arresto di cassazione del 16 dicembre 1815 (1) nella specie seguente :

Nel 23 giugno 1811 Lapierre-Beaupré stipulando in nome di suo padre, in virtù di una procura generale, fece con suo fratello, Lapierre-Dalard, un atto in forma di transazione, contenente talune alienazioni dei dritti e dei beni del comun padre, e talune rinunzie.

Nel 24 luglio seguente il padre approvò e ratificò formalmente con una scrittura privata la transazione fatta tra i suoi figli, in tutto il contenuto di essa. Riconobbe inoltre con questo atto di aver ricevuto presentemente la somma di 550 franchi per prima danda di una pensione vitalizia di 700 franchi, stipulata a suo vantaggio nella transazione.

Ma di poi pretese che la procura generale da lui data a suo figlio Lapierre-Beaupré non contenendo il potere di alienare, come richiede l'art. 1988 c. c. = 1860 II. cc. perchè il mandatario possa efficacemente alienare, la transazione era nulla, e la ratifica lo era ugualmente per non contenere la menzione del motivo dell'azione di rescissione, e l'intenzione di riparare il vizio della transazione, come il richiedeva, a creder suo, l'art. 1558 c. c. = 1292 II. cc.

Siffatta pretensione fu accolta dalla Corte di Nîmes; ma la decisione di questa Corte fu cassata

(1) *Sirey*. 1816, 1, 243.

per falsa applicazione dell' art. 1558, e contravvenzione della seconda parte dell' art. 1998 c. c. = 1870 *ll. cc.*:

« Considerando che l' art. 1558 non parla se non
« delle obbligazioni ; che è facile concepire come
« la ratifica di un' obbligazione mancante delle
« menzioni richieste dal detto articolo nulla ag-
« giunga all' obbligazione medesima, che lasci sus-
« sistere i vizj e le nullità in tale obbligazione per
« avventura contenuti, ai quali vizj e nullità niente
« annunzia che siasi pensato, e che siasi voluto
« riparare.

« Ma che avvien diversamente della ratifica data
« da un committente all' atto fatto dal suo man-
« datario : ratificando, il committente si appropria
« l' atto, lo adotta, e si pone nel medesimo stato
« come se lo avesse stipulato e sottoscritto egli stes-
« so ; la ratifica fa le veci di tutte le procure ; e
« finchè sussiste la ratifica, non si può essere am-
« messo ad impugnare l' atto, allegando che il
« mandatario non aveva poteri bastanti.

« L' art. 1998 c. c. = 1870 *ll. cc.* parla dell' ef-
« fetto della ratifica pei mandanti ; esso dichiara i
« mandanti tenuti a tutto ciò che han fatto i man-
« datarj oltre il loro mandato, se l' abbiano es-
« pressamente o tacitamente ratificato ; nella spe-
« cie non sottopone le ratifiche alle forme ed alle
« enunciazioni richieste dall' art. 1558 c. c. = 1292
« *ll. cc.* per la ratifica delle obbligazioni ; donde
« risulta che la decisione impugnata ha fatto una

284 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

« falsa applicazione dell'art. 1330 ed ha contrav-
« venuto alla seconda parte dell'art. 1998 c. c. =
« 1870 II. cc. ; cassa ».

Siccome eravi stata volontaria esecuzione della transazione da parte di Lapierre padre, il quale aveva ricevuto il pagamento di una danda della pensione stipulatavi a suo vantaggio, avrebbersi potuto, anche in virtù dell'art. 1338, che egli nulladimeno invocava in suo favore, decidere che non era ammissibile ad impugnarla; giacchè la seconda disposizione di questo articolo annette all'esecuzione volontaria, fatta in tempo in cui l'atto potè essere validamente ratificato, il medesimo effetto che quello di una ratifica espressa. Ma la Corte suprema credette di dover risolvere la quistione sotto un aspetto più generale, ed in dritto.

266. Del resto siccome la ratifica fa soltanto supporre che il mandante abbia fatto egli stesso ciò che il mandatario ha fatto oltre i suoi poteri, ne segue che se l'atto stipulato da costui contenesse un vizio diverso da quello della mancanza di potere, per esempio un vizio di forma o di dolo, la ratifica del mandante cangiando allora carattere, per essere valida dovrebbe riunire tutte le condizioni richieste dall'art. 1338, poichè queste condizioni sarebbero richieste se l'atto ratificato fosse stato da lui sottoscritto.

267. La prima parte di questo articolo è così concepita: « L'atto di conferma o di ratifica di una « obbligazione, contra la quale la legge ammette

« l'azione di nullità o di rescissione, non è valida, se non quando vi si trovi espressa la sostanza dell'obbligazione, il motivo dell'azione di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata. »

Si temettero e si vollero prevenire le sorprese, richiedendosi all'uopo che colui il quale confermasse un atto soggetto a nullità o a rescissione, il facesse con conoscenza di causa; che sapesse quale vizio conteneva, e che chiaramente manifestasse la sua volontà di correggerlo.

In guisa che la espressa approvazione di cui parla l'art. 1115 c. c. = 1069 ll. cc. rispetto ad un atto contenente il vizio di violenza, deve aver luogo uniformemente a siffatta disposizione; giacchè quest'articolo stabilisce soltanto la massima che il vizio di violenza si corregge con un'approvazione sia *espressa*, sia *tacita*, sia lasciando scorrere il tempo dalla legge stabilito per potere sperimentare l'azione di nullità; non determina le condizioni e formalità che contener deve l'atto medesimo di approvazione: l'art. 1358 c. c. = 1292 ll. cc. è la regola da osservarsi a tal riguardo. Quindi l'atto che dicesse soltanto: *dichiaro di confermare e ratificare la convenzione in data del tale giorno che ho fatto col tale*, non sarebbe valida, perchè non conterrebbe la sostanza di tale convenzione o obbligazione, nè la menzione del vizio di nullità da cui essa si trovasse colpita.

268. Nondimeno se vi fosse apposta una penale

pel caso in cui la parte ritrattasse l'atto irregolarmente confermato, per esempio, se vi fosse detto: *sotto pena di mille franchi di danni ed interessi*, la clausola penale avrebbe effetto se la parte non eseguisse l'atto di conferma. Non vi sarebbe luogo ad applicare a questo caso la regola che quando l'obbligazione principale è nulla, produce la nullità della clausola penale (art. 1227 c. c. = 1180 ll. cc.); al contrario dovrebbe la clausola penale considerarsi come obbligazione principale, come se si fosse detto: *Promettete di pagarmi mille franchi, nel caso in cui ritratterete l'atto che ho fatto con voi in data del tale giorno?* Nel dritto romano puranche la nullità dell'obbligazione principale produceva la nullità della clausola penale (1); e per regola non potevasi, come appresso noi (art. 1119 c. c. = 1073 ll. cc.), promettere o stipulare per altri (2); e nondimeno se si fosse aggiunta una penale ad una promessa o ad una stipulazione di tale natura, la penale era validamente stipulata, perchè veniva considerata come stipulazione principale fatta sotto condizione, cioè pel caso in cui la promessa del fatto del terzo, o la stipulazione fatta per lui non fosse adempita o eseguita (3). Lo stesso avverrebbe nel nostro dritto, come lo abbiamo precedentemente dimostrato (4); e debb'essere così

(1) L. 129, § 1, ff. *de regul. juris*; e l. 69, ff. *de verb. oblig.*

(2) §§ 3 e 4 Instit. *de inutil. stipul.*

(3) *Ibid.* §§ 19 e 20.

(4) Tomo X, n. 216 e 227.

pei medesimi motivi della clausola penale aggiunta ad un atto di conferma.

Nulladimeno vi sarebbe la differenza dal caso in cui questo atto riunisse tutte le condizioni richieste colla prima parte dell'art. 1358 c. c. = 1292 ll. cc. , che in questo stesso caso il creditore avrebbe il dritto , rinunciando alla penale , di domandare la completa ed intera esecuzione dell'atto di conferma , e per conseguenza dell'atto confermato (art. 1228 c. c. = 1181 ll. cc.) ; mentrechè se l'atto di conferma non contenga tutte queste condizioni , il creditore non può dimandare se non la penale , qualora siasi stipulata , e qualora altronde l'atto sia valido a tal effetto sotto qualunque altro rapporto.

269. Puossi eziandio per via della novazione convertire un' obbligazione capace di essere annullata o rescissa , ma anche di essere confermata , in una nuova obbligazione , senza adempiere le condizioni prescritte dall'art. 1358 ; ma all'oggetto è d'uopo che l'intenzione di far novazione non sia dubbiosa. V. a tal riguardo quanto fu detto nel tomo X , n.º 345 sulla *causa* delle obbligazioni , e nel tomo XII , n.º 294 , sulla *novazione*.

270. Neppure convien confondere le transazioni cogli atti confermativi , abbenchè spesso si confermi con una transazione un atto soggetto a rescissione o a nullità , ed abbenchè spesso pure si faccia una conferma di un atto colla mira di prevenire una lite. Ma la transazione induce da una parte e dall'altra abbandono di qualche pretesione ,

induce reciproci sacrifici (1); in vece che l'atto di conferma, se non è sempre fatto senza alcun prezzo, questo prezzo almeno è ordinariamente fuori dell'atto, e di qualche cosa che generalmente non fa parte di quella che formava la materia dell'atto ratificato. Lo scopo diretto e palese di una transazione, è di por termine ad una lite o di prevenirla (art. 2044 c. c. = 1916 ll. cc.); quello di un atto di conferma è di dar vigore ad una convenzione che ne mancava, o che non lo avea completo ed intero. Or, secondo l'art. 2054 c. c. = 1926 ll. cc., puossi procedere per rescissione contro una transazione, allorchè sia stata fatta in esecuzione di un titolo nullo, ammenochè le parti non abbiano espressamente contrattato sulla nullità, e sotto tal rapporto avverrebbe delle transazioni come degli atti di conferma, giusta l'art. 1538 c. c. = 1292 ll. cc., i quali sono nulli puranche se nell'atto non siasi parlato del vizio che contenea l'obbligazione; ma siccome, giusta l'art. 2052 c. c. = 1924 ll. cc., le transazioni non possono impugnarsi per causa di errore di dritto, se n'è desunta la conseguenza che quella fatta in esecuzione di un titolo, non era soggetta a rescissione, abbenchè le parti non avessero espressamente transatto sulla nullità, se non han potuto ignorarla che per errore di dritto; in

(1) *Voet ad Pandectas, tit. de transact.: transactio*, dice questo autore, *est super re dubia aut lite incerta conventio non gratuita, sed aliquo dato, vel promisso, vel retento*; l. 38, Cod. de transact., e l. 1, ff. cod. tit.

guisa che la menzione del vizio di nullità nell'atto non fu riguardata come indispensabile alla validità della transazione. In tal modo si sono conciliati tra loro gli art. 2054 e 2052 c. c. = 1926 e 1924 ll. cc., distinguendo le cause di nullità che non potettero ignorarsi dalla parte se non per effetto di un errore di dritto, da quelle che potettero essere ignorate per effetto di un errore di fatto: in quest'ultimo caso soltanto è applicabile l'art. 2054 (1).

In vece che per gli atti di conferma siffatta distinzione non potette ammettersi dal Codice, il quale in qualunque caso richiede, perchè tali atti sieno validi, che contengano queste tre condizioni: 1.º la sostanza dell'atto confermato o ratificato; 2.º la menzione del vizio di nullità o di rescissione; 3.º la chiara e positiva volontà della parte di correggere il vizio sul quale era fondata l'azione di nullità o di rescissione; in modo che non v'è luogo ad esaminare se la parte che fece l'atto di conferma il quale non riunisce tutte siffatte condizioni, l'abbia sottoscritto per errore di dritto, cioè per ignoranza della legge che le accordava il dritto d'impugnarlo, o se vi abbia acconsentito per errore di fatto, per esempio, nell'ignoranza del dolo praticato verso il suo autore: in tutti i casi l'atto di conferma è nullo.

271. Non possonsi del resto confermare le obbli-

(1) V. a tale riguardo l'arresto della Corte di cassazione del 25 marzo 1807; Denevers, tomo V, p. 199; e quanto fu da noi stessi detto nel tomo X, n.º 347.

gazioni o promesse che non hanno esistenza alcuna agli occhi della legge, che non producono alcuna obbligazione, che non vincolano veruno, che sono nulle di pieno dritto, e rispetto alle quali il Codice neanche credè che fosse necessario lo stabilire un' *azione* di nullità che dovesse sperimentarsi in un certo termine, come fece coll'art. 1304 c. c. = 1258 II. cc., per le obbligazioni di cui parla questo articolo.

« Tali sono, diceva l'oratore del governo, nello
« sviluppare i motivi del progetto di legge, tali
« sono le convenzioni che han per oggetto una
« cosa fuori commercio, quelle che non hanno
« causa, o che ne hanno una falsa, oppure una
« illecita ».

Siffatte convenzioni, come il dicemmo trattando dell' *azione di nullità o di rescissione*, nel tomo precedente, n.º 523, non confermandosi col silenzio della parte durante i dieci anni accordati per impugnare le obbligazioni annullabili o rescindibili, non potrebbero per la ragione medesima ratificarsi con espresse dichiarazioni: gli atti di conferma sarebbero nulli al par di esse. V. in tal senso la decisione della Corte di Parigi, del 3 agosto 1811, confermata dalla Corte di cassazione con arresto del 9 giugno 1812 (1).

272. In vece che possonsi confermare le obbligazioni annullabili o rescindibili per vizio di vio-

(1) La decisione e l'arresto con tutti i fatti della causa sono riferiti in *Sirey*, 1812, 1, 253.

lenza o di dolo, di errore o di lesione, ovvero che furono fatte da persone incapaci, perchè cadendo questi differenti vizj sul consenso, che era imperfetto, un nuovo consenso esente da tai vizj corregge quelli che si conteneano nel primo.

Possonsi confermare eziandio le obbligazioni che sono comprovate da atti nulli per vizj di forma, salvo quanto viene stabilito dall' art. 1559 c. c. = 1293 ll. cc., e di cui in appresso parleremo.

273. Se la convenzione contiene molti vizj, non basta, secondo i dottori, di ratificarla espressamente riguardo ad un solo, ma bisogna ratificarla riguardo a tutti, affinchè il debitore non più possa impugnare l'atto confermato. Ciò posto, sarebbe necessario di menzionare tutti i vizj nell'atto confermativo, e tale sembra essere lo spirito dell' art. 1558 c. c. = 1292 ll. cc.; imperocchè non si reputa che la parte abbia voluto rinunziare ad un mezzo di nullità di cui poteva ignorare l'esistenza, ciocchè è soprattutto facile a supporci quando essa confermi un' obbligazione del suo autore: forse non avrebbe acconsentito all'atto di conferma se avesse conosciuto tale vizio. Potè infatti rinunziare ad un mezzo che le pareva dubbioso, mentrechè non avrebbe forse rinunziato ad un mezzo che le fosse sembrato capace di un evento più certo.

Così opina Brunemanno, sul fondamento della l. 1 del Codice, *si major factus alienat, sine decreto ratam habuerit*, secondo la quale, allorchè un atto contiene al tempo stesso un vizio di nullità ed un vi-

zio di lesione , non dovesene conchiudere dacchè il primo di questi vizj si trova sanato con un dato spazio di tempo o con una espressa ratifica , che lo sia ugualmente il secondo. *Collige ex hac lege*, dice questo autore sopra siffatta legge, *quando duo sunt vitia contractus , scilicet nullitatis et læsionis , licet sublata causa nullitatis ex cursu temporis , vel expressa ratificatione , non tamen esset sublata causa læsionis*. È questo puranche il parere di Menochio e Montano , da lui citati.

Nella specie della legge il curatore di mio padre , di cui sono divenuto erede , aveva ceduto ad un creditore di mio padre un immobile in pagamento , senza decreto del Pretore , il quale decreto era necessario sotto pena di nullità per l'alienazione degl' immobili di un minore ; e la cessione erasi fatta puranche a vil prezzo. Mio padre , divenuto maggiore , aveva ratificato l'alienazione , ma ignorando che essa conteneva una lesione. L'imperadore Gordiano decide che il vizio di nullità è sanato colla ratifica , ma che nol sia quello di lesione , ed in conseguenza che io posso ancora dimandare la rescissione dell'atto di alienazione per questa causa ; salvo all'altra parte di arrestare il corso della mia azione , pagandomi il supplemento del giusto prezzo dell'immobile.

274. Nulladimeno se il vizio che non venne menzionato nell'atto, allorchè un altro vizio lo fu, fosse un vizio di forma , è da credersi che la parte non potrebbe impugnare l'atto confermato , attesochè fa-

cilmente si presumerebbe aver conosciuto questo vizio, e rinunciato al dritto di opporlo. Ciò sarebbe vero almeno in generale, perchè generalmente i vizj di forma sono patenti (1) e non possonsi ignorare che per errore di dritto: or si presume che ciascuno conosca il dritto.

In sostegno di siffatta eccezione, puossi citare l'art. 1340 c. c. = 1294 ll. cc., secondo il quale la conferma o ratifica ovvero esecuzione volontaria di una donazione per parte degli eredi, o di quelli che hanno causa dal donante, dopo la morte di lui, induce la loro rinunzia al diritto di opporne i vizj di forma, o qualunque altra eccezione; e tuttavolta questo articolo non suppone necessariamente a tal uopo che la menzione del vizio di forma sia stato fatto, come quella degli altri mezzi, nell'atto di conferma; imperciocchè allora sarebbe stato ben chiaro che gli eredi non potevano rivenire contra la donazione: donde emerge che sarebbe stato inutile il dirlo.

L'art. 1311 c. c. = 1265 ll. cc. somministra puranche un argomento della medesima natura, prescrivendo che il minore non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua minore età (2), quando divenuto maggiore l'ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua

(1) Diciamo *generalmente*, giacchè possono esservi delle eccezioni: per esempio, un testimone dell'atto poteva non avere le qualità richieste, e ciò non appariva al mirare l'atto.

(2) Egli, e non il suo tutore, come malamente si è detto per sostenere una teorica da noi precedentemente confutata.

forma, sia che egli fosse soltanto soggetto a restituzione. Sembra dunque che la menzione del vizio che dava luogo alla restituzione sia bastante, e che il minore non potrebbe di poi sostenere che non ratificò l'atto sotto il rapporto del vizio di forma che puranche vi si conteneva.

275. Non è necessario che l'atto di conferma in iscrittura privata sia fatto in doppio originale, allorchè induce semplicemente rinunzia al mezzo di nullità o di rescissione; ma se fosse conceputo nello spirito di una transazione, inducente qualche rinunzia ad una parte del dritto risultante dall'atto ratificato, o qualche obbligazione da parte del creditore, *aliquo dato, vel promisso, vel retento*, allora siccome avrebbe il carattere di una convenzione sinallagmatica, dovrebbe esser fatta in tanti originali quante fossero le parti aventi un interesse distinto, e ciascun originale dovrebbe contenere la menzione del numero di originali che si fossero fatti, in conformità dell'art. 1325 c. c. = 1279 II. cc.

276. Toullier fa osservare che quando l'atto di conferma non sia valido, perchè non riunisca le condizioni richieste dall'art. 1338 c. c. = 1292 II. cc., non segue da ciò che il consenso a tal riguardo sia assolutamente di niun vigore, se la parte, capace di prestarlo, conobbe il vizio della sua obbligazione primitiva, e se ella promise di pieno suo piacimento eseguire la propria obbligazione; giacchè la scrittura, ad eccezione di qualche contratto, come le costituzioni d'ipoteche, i contratti matri-

moniali, le donazioni, non è essenziale alla validità di una promessa, di un' obbligazione: le sole condizioni essenziali sono il consenso delle parti, la capacità di quella che si obbliga, una cosa certa o determinabile, ed una causa lecita (art. 1108 c. c. = 1062 ll. cc.); la scrittura non serve che per pruova. Da ciò emerge che se la parte non negasse la ratifica, essa produrrebbe il suo effetto; il giuramento decisorio potrebbe eziandio esserle deferito, nello stesso modo che se non vi fosse atto di conferma.

Nulladimeno faremo osservare che se la parte non avesse inteso esser vincolata a tal riguardo se non con un atto, e sospendere il suo consenso sino alla sottoscrizione di questo atto, converrebbe dire come precedentemente facemmo pel caso in cui le parti intesero contrattare per iscritto, *in scriptis*; in conseguenza non dovendo scindersi la confessione ed il giuramento, ma al contrario prendersi nel loro intero, la ratifica sarebbe nulla pel vizio dell'atto, che doveva non solo comprovarla, ma anche formarla; giacchè in tal caso la scrittura era essenziale; non serviva soltanto per la pruova, ma era necessaria per la perfezione del consenso, che da essa dipendeva, ed essendo nullo l'atto, non avvi ratifica.

277. La seconda parte dell' art. 1538 c. c. = 1292 ll. cc. dice che, « in mancanza di atto di « conferma o di ratifica, basta che l'obbligazione « venga eseguita volontariamente dopo l'epoca in

296 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

« cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata ».

Per conseguenza tuttociò che fu fatto durante la violenza, o prima di scoprirsi il dolo o l'errore, non sana il vizio che nell'atto si contenea; art. 892 c. c. = 812 ll. cc.

Lo stesso è di ciò che fu fatto in tempo d'incapacità.

278. Un venditore ricevendo il prezzo della cosa venduta, esegue sicuramente il contratto di vendita, non altrimenti che se consegnasse la cosa; del pari, *vice versa*, il compratore esegue il contratto ricevendo la cosa, non altrimenti che quando paga il prezzo; ambedue attestano ugualmente la volontà di ratificare il contratto.

279. Nondimeno quando si tratta del vizio di lesione di oltre i sette dodicesimi nel prezzo della vendita di uno stabile, il vizio non è sanato, e l'azione di rescissione non vien renduta inammissibile col solo fatto della tradizione della cosa o del pagamento del prezzo. L'art. 1681 c. c. = 1527 ll. cc. suppone che l'immobile si sia consegnato dal venditore al compratore, poichè suppone che questo immobile si trovi in potere di un *terzo possessore*, o suo acquirente, e l'azione non ha men luogo contra quest'ultimo, salvo a lui di arrestarne il corso coll'offerta di un supplemento di prezzo. Se così non fosse, lo scopo della legge, accordando al venditore l'azione di rescissione per simile causa, sarebbe fallito nella maggior parte dei

casi , attesochè non si vende ordinariamente a vilissimo prezzo che in caso di bisogno , in conseguenza per ricevere al più presto possibile il prezzo consegnando la cosa. Ciò fu da noi già detto nel tomo VII , n.º 589 , ove risolviamo la stessa cosa per massima , in occasione degli atti di divisione soggetti all'azione di lesione di oltre il quarto , ed eseguiti coll'alienazione che il dividendente leso ha fatto di cose cadute nella sua porzione.

280. L'esecuzione parziale dimostra , come l'esecuzione totale , la volontà di confermare l'atto vizioso ; è questa puranche una tacita approvazione: or, giusta l'art. 1115 c. c. = 1069 ll. cc., il vizio di violenza si sana coll'approvazione tacita del pari che con un'approvazione espressa ; e la ragione è assolutamente la stessa pel caso in cui si trattasse di un vizio di dolo o di errore , o d'incapacità.

281. Nondimeno se si trattasse di un' obbligazione senza causa , per esempio di una promessa di dar 1,000 franchi a titolo gratuito, non fatta nella forma legale , ed in parte volontariamente eseguita , il debitore non potrebbe , egli è vero , dimandare ciocchè avesse in tal modo pagato , *quia cuius per errorem est repetitio , ejusdem dati consulto , donatio est* ; l. 53 ff. *de regul. juris* ; ma il possessore della promessa non potrebbe per ciò esigere il rimanente , giacchè questo dippiù sarebbe sempre promesso senza causa.

282. Del resto allorchè il fatto di esecuzione ,

in tempo di capacità e di libertà, o dopo la scoperta del dolo o dell'errore, non sarà che una conseguenza per così dire necessaria dell'atto, non ne risulterà una tacita approvazione. Per esempio, dacchè colui il quale per effetto di fraudolenti rigiri dell'altra parte ha comprato un fondo e dato in pagamento del prezzo biglietti ad ordine al venditore, dal quale si son girati a vantaggio di un terzo, ha pagato questi medesimi biglietti, abbenchè dopo scoperta la frode, non risulta da tal pagamento una tacita e volontaria approvazione dell'atto; giacchè era obbligato di pagargli al possessore alla scadenza, salvo il suo regresso contra colui che lo ha ingannato.

Il ricolto che facesse sul fondo dopo la scoperta della frode, neanche sarebbe considerato come un atto di approvazione, ma sibbene un atto di semplice amministrazione, che neppure potevasi dispensare di eseguire.

Sarebbe lo stesso di qualunque atto di conservazione che era urgente, come una casa che aveva bisogno di essere puntellata, ec.

285. Secondo la legge 3, § 2, ff. *de minoribus*, se un minore abbia imprudentemente accettato una eredità, e divenuto maggiore abbia pagato taluni debiti maturati ed urgenti di questa stessa eredità, ciò non basta perchè debbasi credere che egli intese ratificare la sua accettazione, perchè il pagamento di questi debiti ne era una con-

seguenza, essendo altronde incerta la restituzione in intero (1).

284. E Perezio, *ad Codicem*, tit. *si major factus ratum habuerit*, opina per analogia, che se un minore abbia venduto qualche cosa, e divenuto maggiore ne abbia fatto la tradizione, questa sola tradizione non basta per produrre ratifica della vendita, attesochè, dice questo autore, era essa una conseguenza ed una dipendenza dell'atto fatto in età minore.

Noi non sapremmo adottare siffattà opinione. Una simile dottrina condurrebbe a sostenere che la volontaria esecuzione non sia realmente un modo di purgare il vizio dell'atto; giacchè essa è sempre un effetto ed una dipendenza dell'atto, altrimenti non ne costituirebbe una esecuzione, come si suppone. Siccome questo minore divenuto maggiore poteva negarsi a consegnare la cosa, ed opporre l'eccezione, se gli si fosse dimandata, devesi conchiudere dal fatto del volontario rilascio, che intese egli di ratificare.

In somma è d'uopo considerare se ciocchè venne fatto nel tempo in cui l'atto poteva validamente ratificarsi fosse oppur no una necessaria conseguenza dell'atto, una cosa che non potevasi trascurar di fare senza inconvenienti per l'una o l'altra parte: allora il fatto non induce ratifica. È

(1) V. quanto fu da noi detto a tal riguardo nel titolo *delle Successioni*, tomo VI, n.º 465, e le autorità ivi citate.

questo dunque un punto generalmente subordinato alle circostanze; dovranno i giudici esaminare se la parte intese fare la cosa colla mira di ratificare l' obbligazione, ovvero al contrario, se agì *ex necessitate*, *aut saltem utilitate*, nell' incertezza specialmente dell' ammissione del mezzo di nullità o di rescissione.

285. Finalmente, secondo l' ultima disposizione dell' art. 1338 c. c. = 1292 ll. cc., la conferma o volontaria esecuzione, nelle forme e nell' epoca determinata dalla legge, produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contra tale atto, *senza pregiudizio però del dritto delle terze persone.*

Da siffatta limitazione risulta, che se nel tempo che è decorso tra l' atto ratificato e l' atto di conferma, un terzo abbia acquistato dritti d' ipoteca, di usufrutto, di servitù e di proprietà sui beni che erano l' oggetto dell'atto primitivo, la ratifica non avrà effetto alcuno riguardo a lui: le cose rimarranno a suo riguardo come se non esistesse l' atto di conferma. E ciò è giusto, perchè colui che fece tale atto non poteva attribuire all' altra parte maggiori dritti di quelli che egli stesso aveva sui beni di cui si tratta, al tempo in cui venne fatto questo atto di conferma.

Così, supponiamo che un minore emancipato siasi obbligato a vantaggio di Paolo, per un prestito che non fu invertito a suo vantaggio, che al contrario dissipò: che per sicurezza di simile ob-

bligazione, costituì a Paolo una ipoteca sul tale immobile, la quale venne immediatamente iscritta; che divenuto maggiore abbia costituito benanche una ipoteca a vantaggio di Filippo sullo stesso immobile, e quindi abbia ratificato l'atto fatto con Paolo, nonchè l'ipoteca a lui costituita: la ratifica non può nuocere a Filippo; giacchè siccome costui avrebbe potuto prevalersi della nullità dell'obbligazione contratta a favor di Paolo, e della nullità dell'ipoteca a lui accordata, poichè l'avrebbe potuto il suo debitore, ed egli era in grado di esercitare i suoi dritti (art. 1166 c. c. = 1119 ll. cc.), emerge da ciò che può fare dopo la ratifica ciocchè far poteva prima, attesoche per massima le ratifiche non nuocciono ai dritti acquistati da terze persone nel momento in cui esse vennero fatte. Tal'è il parere di Basnage, nel suo *Trattato delle ipoteche*, cap. III.

Solamente siccome il debitore poteva ancora, dopo la sua età maggiore, contrarre nuove obbligazioni, non ostante quelle da lui già contratte, la ratifica avrà tutto il suo effetto circa all'obbligazione personale a vantaggio di Paolo, anche rispetto a Filippo, in quantochè Paolo potrà concorrere con lui in simili distribuzioni di somme fatte in danno del debitore; ma non ne può avere rispetto a lui per ciò che riguarda l'ipoteca, che è un diritto speciale, il quale sebbene apparentemente anteriore al suo, è in realtà nondimeno posteriore.

Tuttavolta, soggiunge Basnage, la cui opinione

tanto più adottiamo , in quanto che si accorda perfettamente colle regole da noi professate sugli effetti della incapacità de' minori, i quali a nostro credere sono generalmente restituiti in intero piuttosto come lesi che come minori (art. 1305 c. c. = 1259 ll. cc.); se quegli di cui si tratta nella specie avesse profittato del prestito fattogli, e fosse ciò provato, siccome la sua obbligazione era valida, l'ipoteca da lui costituita a Paolo per tale prestito lo era ugualmente, perchè essa non era che un accessorio (1), e la ratifica fatta soltanto per prevenire i dubbj, non dovrebbe togliere a quest'ultimo l'anteriorità d'ipoteca che aveva puranche senza di essa contra Filippo. Se il minore avesse profittato del prestito soltanto in parte, non essendo stata valida l'obbligazione primitiva che sino alla debita concorrenza, si applicherebbe pel rimanente a Paolo, rispetto a Filippo, la regola che la ratifica non nuoce ai dritti acquistati dai terzi.

Si sostiene nondimeno che in nessuna ipotesi Paolo dovrebbe avere l'anteriorità contra Filippo, attesochè avendo la legge vietato l'ipoteca de' beni de' minori, eccetto nei casi da essa preveduti (art. 2115, 2124 e 2126 c. c. = 2001, 2010 e 2012 ll. cc.), quella dal minore costituita a Paolo era nulla e di niuno effetto; ma noi non sapremmo adottare simile opinione. A creder nostro, l'ipoteca acconsentita da un minore emancipato non è nulla se

(1) V. quanto fu da noi detto a tal riguardo nel tomo III, n.º 673.

non in quanto lo è la stessa obbligazione principale. Siccome questo punto fu da noi estesamente discusso nel precitato luogo, non entreremo qui in nuova discussione a tale oggetto.

Se nella specie da prima proposta lo stesso debitore, divenuto maggiore, avesse accordato una ipoteca a vantaggio di un'altro creditore dopo la ratifica da lui data a Paolo, costui potrebbe incontrastabilmente opporre tale ratifica a questo creditore, nel caso in cui volesse impugnargli il suo dritto d'ipoteca; giacchè essendo la ratifica anteriore al dritto di questo nuovo creditore, produrrebbe tutto il suo effetto a di lui riguardo, trovandosi di già sanato al tempo della costituzione di quest'ultima ipoteca il vizio dell'obbligazione di Paolo, e dell'ipoteca che eragli stata accordata.

286. Se la ratifica di una obbligazione da noi medesimi contratta non può nuocere ai dritti acquistati da terze persone, viemaggiormente non può loro nuocere quella da noi data ad un'obbligazione assunta da un terzo in nostro nome, senza nostro mandato; non può essa avere effetto retroattivo a loro riguardo, non ostante la regola *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Quindi nel caso in cui Sempronio contrasse senza mandato un'obbligazione in nome e parte di Tizio, a vantaggio di Seio, e costituì a costui un'ipoteca sopra i beni di Tizio; che quest'ultimo abbia egli stesso accordato un'ipoteca sopra gli stessi fondi a Caio, ed abbia di poi ratificato l'obbligo

assunto in suo nome da Sempronio, non è dubbioso che Caio abbia l' anteriorità d' ipoteca contro Scio. Imperocchè quando ricevè la sua, ancora non ne esisteva alcuna a vantaggio di Scio: quella di quest' ultimo in effetti non sussiste che dal giorno della ratifica. La ratifica fa supporre il mandato, e ne ha l' effetto sol riguardo alla parte che ratifica, ed ai suoi credi, e non riguardo a terze persone le quali, prima che quella fosse fatta, avevano acquistato dritti sopra i medesimi beni (1); a differenza del caso in cui Sempronio avesse agito in virtù di un mandato di Tizio, giacchè allora non facendo la ratifica che confermare l' obbligazione di quest' ultimo, quest' obbligazione avrebbe avuto effetto dal giorno in cui fosse stata contratta (2).

287. Nell' antica giurisprudenza erasi adottata la massima che gli atti nulli di dritto, e quindi confermati, non avevano effetto che dal giorno della conferma, *ut ex nunc*, e non dal giorno in cui erano stati fatti, *ut ex tunc*; così per esempio, un atto fatto da una donna maritata non autorizzata, e poscia debitamente confermato, non valeva che dal giorno della conferma, perchè consideravasi come nullo di dritto (3); donde reputavasi generalmente che dovesse regolarsi colle leggi del gior-

(1) *Basnage delle ipoteche*, cap. III; *Pothier, delle ipoteche*, cap. 2; *Denizart*, v. *ratifica*.

(2) I medesimi, *ibid.*

(3) *V.* quanto si disse su tale oggetto nel titolo del *matrimonio*, tomo II, n.º 518, senza obbliare le note.

no in cui era stato confermato, e non con quelle del giorno in cui erasi fatto, se fosse avvenuto a tal riguardo un cangiamento nella legislazione. Prevaleva l'idea, che un atto nullo non potevasi effettivamente confermare, perchè il nulla non può nulla produrre: or in altro modo avrebbe esso prodotto effetti.

Secondo tali regole la Corte di cassazione giudicò con arresto dei 12 dicembre 1810 (1), che una cessione di dritti successorj fatta con un atto anteriore al Codice e nulla nel suo principio, ma ratificata vigente il Codice, era soggetta alla surrogazione forzata dell'art. 841 c. c. = 760 II. cc.; mentre che nella specie siffatta surrogazione non avrebbe potuto richiedersi prima del Codice. In guisachè la ratifica non ebbe effetto retroattivo: l'atto primitivo, in cambio di essere regolato colle antiche leggi, lo fu al contrario col Codice, abbenchè i terzi non abbiano acquistato dritti speciali prima di tale ratifica.

288. In vece che riguardo agli atti semplicemente soggetti a rescissione per lesione o minore età, violenza o dolo, siccome benissimo potevano essere confermati, risolvevasi che la ratifica identificavasi coll'atto primitivo, il quale valeva *ut ex tunc*, dal giorno della sua data, ed era in conseguenza regolato dalle leggi di quell'epoca, e non da quelle del giorno dell'atto di conferma.

(1) Denevers, 1811, pag. 65.

306 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

Nulladimeno i nostri più esatti autori non ammettevano che la ratifica, anche in queste specie di atti, potesse nuocere ai dritti che terze persone si trovassero di aver acquistato sui medesimi beni al tempo in cui essa erasi fatta.

289. Il Codice non distingue a tal riguardo tra le obbligazioni delle donne maritate non autorizzate, e quelle dei minori, ovvero che sieno state acconsentite per dolo o per violenza, perchè le une non sono meno nulle *ipso jure* delle altre. L'art. 1538 c. c. = 1292 ll. cc. si applica a tutte, anche a quelle degl'interdetti, abbenchè l'art. 502 c. c. = 425 ll. cc. le dichiara nulle di dritto: in fatti tutte possono essere confermate, e se lo sieno state validamente, la conferma impedisce di opporre il vizio che contenevano, salvo i dritti da' terzi acquistati nell'epoca in cui fu fatta.

L'oratore del governo fece ciò chiaramente intendere, nel presentare il progetto di legge al Corpo legislativo, così dicendo: « La distinzione che facevasi anticamente tra la conferma e la ratifica è sem-
« brata inutile; il loro effetto è lo stesso, quello
« di produrre la rinunzia a qualunque mezzo ed
« eccezione che potevasi opporre contra l'atto con-
« fermato o ratificato ».

Mercè la limitazione riguardante i dritti dei terzi, la quale si applica ad ogni specie di atto, che avesse bisogno di conferma o di ratifica, la distinzione non può avere importanza che per sapere se l'atto debba regolarsi colla legge del giorno in

cui venne fatto, oppure con quella del giorno in cui fu confermato; ma poichè gli atti realmente nulli *ipso jure*, come quelli che hanno per oggetto una cosa fuori commercio, o fatti illeciti, o una causa contraria alle leggi, o che sono assolutamente senza causa, non possono essere confermati, giusta quanto fu da noi precedentemente detto, e gli altri sono soltanto annullabili o rescindibili, e non nulli di dritto in modo assoluto, crediamo che debbasi risolvere, almeno generalmente, che la conferma o ratifica s' identifica coll'atto; in conseguenza che questo atto è regolato dalla legge del giorno in cui fu formato; che vale *ut ex tunc*, ma senza pregiudizio del dritto de' terzi, acquistato sopra i medesimi beni prima della ratifica o della conferma; che così per esempio, un'ipoteca costituita da una donna maritata non autorizzata, il cui atto fu di poi regolarmente confermato, avrà effetto riguardo ai creditori ai quali i medesimi beni non saranno stati ipotecati che dopo l'atto di conferma, quantunque non si fosse rinnovata la costituzione d'ipoteca colle formalità osservate nell'atto primitivo, e ciò, ancorchè qualche nuova legge avesse cangiato siffatte formalità. Anticamente in tal caso si sarebbe opinato, almeno dalla maggior parte degli autori, che l'atto non valeva che *ut ex nunc*, mentrechè devesi dire vigente il Codice, almeno secondo la nostra opinione, che vale *ut ex tunc*, salvo i dritti acquistati dai terzi sopra i medesimi beni prima dell'atto di conferma.

290. Ciochè abbiamo detto sull'effetto degli atti di conferma ammette una importante eccezione in forza dell' art. 1539 c. c. = 1293 ll. cc., il quale dice che « il donante non può riparare con alcun « atto confermativo i vizj di una donazione fra vivi « nulla *per le forme*: è necessario che sia fatta di « nuovo nelle forme legali », se il donante persista nella sua volontà.

È una conseguenza degli antichi principj che gli atti nulli non possono produrre alcun effetto, e si sono considerati i vizj di forma in materia di donazione come producenti una nullità radicale. In secondo luogo si reputò che sarebbe più facile d'indurre il donante a confermare la donazione, anzichè fargliene fare un'altra, e si credè dovergli lasciare a tale riguardo la più intera libertà. Almeno ciò diceva d'Aguesseau sull'ordinanza del 1731, che è opera sua.

291. Ma siccome gli eredi del donante sono generalmente più di lui stesso proclivi ad impugnare le sue liberalità, si reputò pure che se essi le confermassero o le eseguissero volontariamente, è perchè avrebbero buone ragioni di farlo: per cui « la « conferma o esecuzione volontaria di una donazione per parte degli eredi, o di quelli che hanno causa dal donante, dopo la morte di lui, induce la loro rinunzia al dritto di opporre i vizj « delle forme, o qualunque altra eccezione; » art. 1540 c. c. = 1294 ll. cc.

A questo oggetto è d'uopo tuttavia che la ratifica

abbia avuto luogo dopo la morte del donante, giacchè prima non vi erano eredi; non vi erano che eredi *presuntivi*, i quali non ancora avevano qualità per ratificare, e che avrebbero forse confermato la donazione solo per tema che non donasse di più, *ne pejus faceret*. Poco importa la disposizione finale dell'art. 918 c. c. = 834 ll. cc., in cui il consenso degli abili a succedere agli atti che vi sono menzionati, li rende d'ora in poi inammissibili ad impugnarne gli effetti sotto i rapporti preveduti in questo medesimo articolo; giacchè è questa una disposizione speciale. La Corte di cassazione giudicò pure (1), nel caso di una donazione celata fatta da un padre ad uno de' suoi figli, ma fuori de' casi preveduti in questo articolo, che l'approvazione datavi dagli altri figli durante la di lui vita era assolutamente senza effetto; in conseguenza che la donazione andava soggetta a collazione per parte del figlio donatario, il quale si era qualificato erede del padre, perchè non si era fatta a titolo di precapienza o fuori parte, e che in ogni caso sarebbe essa andata soggetta a riduzione, se vi fosse stato eccesso della quota disponibile (2).

292. Convien anche osservare che se si trattasse di una donazione di stabili nulla per la forma, la volontaria esecuzione da parte del donante col rilascio degli stabili, non ne sanerebbe il vizio, e ciò

(1) Arresto de' 2 novembre 1827; *Sirey*; 1827, 1, 180.

(2) V. quanto si disse al riguardo nel tomo VII, n.º 551, ove citiamo questo arresto.

posto, che il donante potrebbe ancora rivendicare gli stabili, non ostante siffatto rilascio. Subitochè la donazione nulla per la forma non può esser confermata dal donante, mediante atti, neanche può esserlo da lui mercè la volontaria esecuzione; è d' uopo che sia rifatta nella forma legale, se egli persiste nella sua volontà. Tanto fu da noi detto nel tomo VIII, n.º 589, ove citiamo in sostegno di siffatta risoluzione una decisione della Corte d' Orleans, confermata in cassazione nel 16 giugno 1821.

293. Ma soggiungiamo nello stesso luogo, nei numeri seguenti, che se la donazione nulla per la forma consistesse in una somma o altra cosa mobile che fosse stata volontariamente pagata o consegnata dal donante al donatario, siccome sarebbe questa una donazione manuale, ed anche l' adempimento di un' obbligazione naturale, non competerebbe ripetizione (art. 1235 c. c. = 1188 II. cc.); che se fosse stata pagata una parte soltanto, non vi sarebbe luogo, è vero, a ripetere ciò che si fosse pagato o consegnato, ma che il donatario non potrebbe dimandare il rimanente dal donante, sul motivo che l' esecuzione parziale basta pure per operare ratifica. Imperocchè in tal caso la ratifica è nulla, e ciocchè impedisce che il donante possa ripetere quanto abbia volontariamente pagato, non è l' eccezione desunta dalla ratifica, da noi non riconosciuta nella specie, ma perchè pagando una somma o una cosa che sapeva o doveva sapere non potersi da lui richiedere, ha voluto soddisfare un debito na-

turale, o, se si voglia, fare una liberalità: *Cujus per errorem soluti est repetitio, ejusdem dati consulto donatio est*; l. 53, ff. *de regul. juris*. Or le donazioni di mobili sono valide, anche fatte senza alcun atto, come lo abbiamo dimostrato nel medesimo luogo; invece che quelle d'immobili non sono traslative di proprietà se non quando sien fatte con atto, e con tutte le formalità richieste. *Tal'è la ragione di differenza tra i due casi.*

294. Finalmente bisogna osservar pure che l'art. 1339 c. c. = 1293 ll. cc. non si applica se non alle donazioni nulle per la forma, ed in conseguenza che il donante potrebbe ratificare quella che fosse nulla per altra causa, uniformandosi alle disposizioni dell'art. 1338 c. c. = 1292 ll. cc. Per conseguenza se l'avesse fatta in tempo d'incapacità, e la confermasse o l'eseguisse in tempo di capacità, siffatta ratifica, espressa o tacita, sarebbe valida e sanerebbe il vizio dell'atto, qualunque fosse l'oggetto della donazione, un immobile o un mobile, poco monta. L'art. 1339 di sopra menzionato non fa eccezione alle regole generali sull'effetto delle ratifiche che per le donazioni nulle *per la forma*, e solamente ancora riguardo al donante, e non a' suoi eredi o coloro che han causa da essi.

SEZIONE II.

Della pruova testimoniale.

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO.

- 295. *Che mai sia la pruova testimoniale.*
- 296. *Il dritto romano l'ammetteva generalmente, qualunque fosse il valore della cosa dimandata, e la specie di azione intentata.*
- 297. *La corruzione de' costumi fece apportare limitazioni all' ammissione di tal genere di pruova, coll'ordinanza di Moulins del 1566.*
- 298. *La cui disposizione a tal riguardo fu confermata dall' ordinanza del 1667, e con qualche estensione, e quindi dal Codice civile.*
- 299. *Quando la legge richiede che l'atto sia formato per iscritto, non può ammettersi la pruova testimoniale, comunque modica fosse la somma.*
- 300. *Esempio desunto da una promessa di donare a titolo gratuito.*
- 301. *La dichiarazione di volontà di un defunto, di legare la tale cosa a qualcuno, neppure potrebbe provarsi con testimoni, comunque fosse modica la somma dimandata.*
- 302. *Medesima risoluzione circa ad una convenzione d'ipoteca, o a convenzioni matrimoniali.*
- 303. *E ad una transazione verbale.*
- 304. *E ad un affitto verbale che non ha ricevuto ancora alcun principio di esecuzione, abbenchè si possa benissimo locare verbalmente.*
- 305. *Diversi contratti commerciali che neanche possono provarsi con testimoni.*
- 306. *Quid in materia di società? distinzioni a farsi.*
- 307. *Divisione della materia.*

295. La pruova testimoniale nelle materie civili consiste nell'esaminare in giudizio persone le quali sono chiamate per dichiarare ciocchè sanno di un fatto asserito da una delle parti, e negato dall'altra.

296. Il dritto romano ammetteva questa specie di pruova, a qualunque valore ascendesse l'oggetto della lite, o la somma della causa, tanto nelle azioni reali che nelle azioni personali; tanto nelle materie civili, che nelle materie criminali: *et adhiberi testes possunt, non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniaribus litibus, sicuti res postulat*; l. 1, § 1, ff. *de testibus*.

In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium; l. 15, Cod. *de fide instrum.*

Soltanto nelle cause in cui si trattava per una delle parti di stabilire ch'era essa di condizione ingenua, *in controversia ingenuitatis*, doveva farsi la pruova con titoli, *instrumentis*, e non unicamente per testimoni; l. 2 (*alias* 1) Cod. *de testibus*. E sembra ancora, giusta la l. 3, § 5, ff. *de carboniano edicto*, che non fu sempre così, almeno in tutti i casi; che al contrario la filiazione potette stabilirsi con testimoni (1). Che che ne sia, nelle altre materie si ammetteva la sola pruova testimoniale del pari che la pruova per iscritto; giacchè i Romani avevano per massima che la scrittura non è neccessaria per la validità delle convenzioni (2):

(1) Allorchè per qualche accidente erasi perduto l'atto comprovante la filiazione, la pruova testimoniale era del resto ammessa, anche nel tempo in cui l'ingenuità per regola non poteva provarsi che per iscritto; l. 6, Cod. *de fide instrum.*

(2) Salvo quanto fu da Giustiniano sancito nella l. 17, Cod. *de fide instrumentorum*, la cui disposizione fu riprodotta nelle sue Instituta, nel titolo *de emptione et venditione*, pel caso in cui le parti avessero convenuto di contrattare soltanto per iscritto, *in scriptis*.

Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum praebeat ; non ideo minus valebit quod instrumentum nullum de ea intercessit ; l. 5 , ff. de fide instrum.

Quindi le costituzioni d'ipoteca si provavano tanto per mezzo di testimoni, che di titoli; ed anche il matrimonio si provava in tal modo; l. 4, ff. *de fide instrum.*

Viemaggiormente le compre e vendite, e la tradizione che ne seguiva, si provavano pure per mezzo di testimoni; l. 12, *Cod. de probat.*

Avveniva lo stesso de' rilasci o tradizioni delle cose donate, le quali avevano sempre effetto abbenchè la donazione fosse stata fatta senza titolo; l. 12, *Cod. de fide instrum.*

Le divisioni si provavano eziandio con testimoni, ugualmente che con titoli; l. 9, *Cod. eod. tit.*

Le stipulazioni, i mutui, i depositi, le locazioni, le convenzioni di società, in somma qualsivoglia specie di contratto o di patto si provavano similmente per mezzo di testimoni, qualunque fosse il valore dell'oggetto della dimanda. Le leggi a tal riguardo non fanno distinzione alcuna.

E provavasi ugualmente in questo modo, nonchè con titoli di vendita, il dritto di proprietà sopra una determinata cosa; l. 4, *Cod. de probat.*

Ciò posto, si comprende, e viemaggiormente, che la perdita degli atti che eransi fatti non impediva l'esercizio dell'azione, la quale poteva allora giustificarsi colla pruova testimoniale, come se non si fosse formato

alcun atto. *V.* a tal riguardo gli esempj somministrati dalle ll. 1, 6, 7, 8, 10 e 11, *Cod. de fide instrum.*; l. 15, *Cod. de jure dotium*; e l. 25, *Cod. de liberali causa*.

297. Ma la corruzione de' costumi avendo prodotto frequenti esempj di subornazione, fu stabilito nella nostra giurisprudenza, coll'ordinanza di Moulins dell'anno 1566, art. 54, che, « per qualunque cosa eccedente la somma o il valore di
« cento lire, da pagarsi in una volta, si stenderà
« contratto mercè il quale soltanto si ammetterà
« la pruova della materia, senza ammettere alcuna
« pruova oltre il contenuto nei detti contratti ».

298. Siffatta disposizione fu confermata, ed anche estesa e sviluppata coll'ordinanza del 1667, tit. 20, art. 2, il quale così si esprimeva: « Sa-
« ranno distesi atti innanzi notai o in iscrittura pri-
« vata per qualunque cosa eccedente la somma o
« il valore di cento lire, anche per depositi volon-
« tarj; e non verrà ammessa alcuna pruova testi-
« moniale contra ed oltre il contenuto degli atti,
« nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto
« avanti, contemporaneamente o posteriormente agli
« atti medesimi, ancorchè si trattasse di una som-
« ma minore di cento lire ».

L'articolo tuttavia faceva eccezione riguardo a ciocchè si osservava nelle giurisdizioni de' consoli, cioè in materia commerciale, e l'articolo seguente eccettuava puranche i casi di accidenti impreveduti, e quelli in cui avvi un principio di pruova per iscritto.

Il Codice civile adottò le disposizioni di questa ordinanza su tale oggetto, estendendo tuttavia a 150 franchi la somma che prima era di 100 lire.

299. Convien del resto osservare che quando la legge richiede che la convenzione sia distesa per iscritto, non può ammettersi la pruova testimoniale, ancorchè la somma fosse minore di 150 franchi, perchè allora essendo la scrittura una condizione essenziale alla validità del contratto, la pruova testimoniale non avrebbe alcun oggetto: sarebbe questo il caso della regola *frustra probatur, quod probatum non relevat*.

300. Quindi indarno io domanderei di provare con testimoni che mi avete fatto la promessa di darmi a titolo di liberalità la tale somma, abbenchè questa somma, non eccedesse 150 franchi; imperocchè una donazione per produrre una efficace azione, dev'essere far con atto, anche disteso innanzi notari con minuta, nella forma ordinaria degli atti autentici, e dev'essere in espresso modo accettata, ugualmente con atto autentico, sotto pena di nullità, art. 931 e 932 c. c. = 855 e 856 ll. cc. In guisa che quando anche la promessa fosse confessata, non avrei dritto di chiederne il valore.

301. Neanche potrei provare con testimoni che Paolo, il quale ora è trapassato, mi fece un legato di 100 franchi, per esempio, innanzi alle tali persone, incaricando il suo erede avanti alle medesime di pagarmi siffatta somma; giacchè sarebbe questo un *fedecomesso* verbale, e non un vero

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 317
legato. Or non puossi disporre de' proprj beni a titolo gratuito che in due guise: per donazione tra vivi e per testamento, nelle forme stabilite per l'uno o l'altro modo di disporre; art. 893 c. c. = 813 *ll. cc.*

Diversamente sarebbe se Paolo si fosse dichiarato mio debitore di tale somma innanzi testimoni; io potrei provare il mio credito colla pruova testimoniale.

302. In vano similmente si vorrebbe provare per mezzo di testimoni una convenzione d'ipoteca (art. 2117 e 2227 c. c. = 2003 e 2133 *ll. cc.*), o convenzioni matrimoniali; art. 1394 c. c. = 1348 *ll. cc.*

303. Parimenti ancora l'art. 2044 c. c. = 1916 *ll. cc.* richiede indistintamente che una transazione si faccia per iscritto, e non riserva, come l'art. 1834 c. c. = 1706 *ll. cc.*, in materia di società, il diritto di provare con testimoni la convenzione sino alla concorrenza di 150 franchi. Ciò dipende probabilmente dacchè la transazione è un atto destinato a por termine ad una lite, o a prevenirne un'altra, e non si volle che la sua esistenza medesima fosse l'occasione di un giudizio. Ciò posto, non si potrebbe essa provare con testimoni, ancorchè il valore dell'interesse in controversia non eccedesse 150 franchi; salvo il caso in cui l'atto all'uopo stesso si fosse per accidente perduto.

304. Ed abbenchè il contratto di locazione sia del numero di quelli che non richiedono per la

loro formazione se non il solo consenso delle parti, *qui solo consensu perficiuntur*, nondimeno l'art. 1715 c. c. = 1561 ll. cc. dice che se la locazione fatta senza scrittura non ancora si sia cominciata ad eseguire, ed una delle parti la impugni, non può farsene la pruova per mezzo di testimonj, comunque sia tenue il prezzo, e quantunque si allegghi di essersi date le caparre.

Può solamente deferirsi il giuramento a colui che nega la locazione.

Il motivo di siffatta derogazione alle regole generali sulla pruova delle convenzioni, non può essere che il desiderio di prevenire il gran numero di liti che sarebbero giornalmente insorte in siffatta materia, soprattutto nelle città in cui comunemente le locazioni di casa si fanno verbalmente.

Del resto il principio di esecuzione dell'affitto può provarsi con testimoni, poichè si suppone che questo principio di esecuzione possa sussistere, e nondimeno che l'affitto non siasi fatto per iscritto; e può esso provarsi in tal modo, qualunque sia il prezzo del contratto: soltanto se il principio di esecuzione sia provato, o se non venga negato, e siavi controversia sul prezzo dell'affitto e non vi esista quietanza, il locatore potrà provarlo col suo giuramento, se il fittaiuolo non prescelga di domandare la stima per mezzo di periti, nel qual caso le spese della perizia rimangono a suo carico, qualora la stima ecceda il prezzo ch'egli abbia dichiarato; art. 1716 c. c. = 1562 ll. cc.

305. E secondo l'art. 273 c. com. = 263 ll. ecc. com., qualunque convenzione per affitto di un bastimento, chiamato *contratto di noleggio*, debb'essere in iscritto. Essa enuncia il nome ed il tonnellaggio del bastimento, il nome del capitano, i nomi del noleggiato e del noleggiatore, il luogo ed il tempo convenuti per lo carico e per lo discarico, il prezzo del fitto o nolo, se il noleggio è totale o parziale, e l'indennità convenuta pe' casi di ritardo.

I contratti a cambio marittimo e di assicurazione debbono puranche distendersi in iscritto; art. 311 e 332 *ibid.* = 301 e 323 *ibid.*

In modo che in questi diversi contratti non potrebbe ammettersi la pruova testimoniale per provare le convenzioni fatte verbalmente, qualunque ne fosse la somma, anche minore di 150 fr. Vi sono pure autori i quali credono che la scrittura è talmente dell'essenza di questi contratti, che neanche potrebbe deferirsi il giuramento sul fatto della loro esistenza verbale, *quia frustra probatur quod probatum non relevat.*

306. Circa ai contratti di società, l'art. 1834 c. c. = 1706 ll. cc. dice che ogni società si dee contrarre per mezzo di scrittura, quando l'oggetto di essa ecceda il valore di 150 franchi; e la pruova testimoniale non è ammessa nè contra nè oltre di quello che è contenuto nell'atto di società, nè sopra ciò che si allegghi di essersi asserito nel tempo dell'atto, o prima o dopo del medesimo, ancorchè

si tratti di una somma o valore minore di 150 franchi. Questa è la regola generale dell'art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc. applicata alle società in materia civile.

La pruova testimoniale adunque è ammissibile quando l'oggetto della società non è di una somma o valore eccedente 150 franchi. Ma che mai intendosi per *oggetto* della società? Colui che dimanda, per esempio, la metà di oggetti non valenti oltre 300 fr. compresi i lucri, se ve ne sieno stati, può mai provare con testimoni la convenzione di società ed il conferimento in comune di tali oggetti? Il crediamo, giacchè non dimandando cosa alcuna della parte del convenuto, non dimanda nella nostra specie oltre 150 fr.; non avvi altronde presunzione che abbia cercato corrompere testimoni per appropriarsi indebitamente questo valore.

La dottrina contraria indurrebbe a dire che se venti persone, per esempio, han posto in comune 10 franchi per ciascuno per un determinato oggetto, per una determinata destinazione, non potrebbe ammettersi la pruova testimoniale a favore di colui che dimandasse la sua parte nei 200 franchi. Ma la legge intesa in tal senso sarebbe assurda nei suoi risultamenti, ed in perfetta contraddizione coi suoi motivi; dappoichè non presumendo essa che si corrompano testimoni giusto per 150 franchi, deve ancor molto meno presumere che siansene potuto corrompere per 10 franchi. Non va risguardata unicamente la convenzione di società; devesi vedere

al contrario. *l'oggetto della dimanda*: or questo oggetto non è che di una lieve somma, e la convenzione di società e la effettuazione di ciò che ha conferito l'attore, non sono che la *causa* della dimanda. Non si debbono provare due oggetti principali, ma un solo, la dimanda, fondata sopra una data causa: e non chiedendo il socio le parti degli altri, la sua dimanda dee esser; tale da potersi provare con testimoni ogni qualvolta siffatta pruova non tendesse a fargli ottenere un valor maggiore di 150 franchi. È questo puranche il parere di Delvincourt. Noi dovremo pure esaminare, riguardo ad una vendita di cui il compratore dichiarasse dover ancora il prezzo, la quistione se per giudicare che la pruova testimoniale sia oppur no ammissibile, debbasi diffalcare dal valore della cosa dimandata dal compratore il prezzo di cui egli si dichiarasse ancora debitore; e *vice versa*.

Ma quantunque l'art. 1834 c. c. = 1706 II. cc. imponga di distendere per iscritto le convenzioni di società allorchè il loro oggetto sia di un valore maggiore di 150 franchi, nondimeno la scrittura non è prescritta riguardo alla validità della convenzione medesima, ma soltanto per la pruova, poichè se l'oggetto della società non eccedesse 150 fr., la pruova testimoniale sarebbe ammessa; e ciò nonostante la natura della convenzione non lascerebbe di essere la stessa: donde conchiudiamo che se la società il cui oggetto eccedesse anche tale somma, fosse confessata dal reo convenuto, o se costui negasse di

prestare il giuramento che gli fosse deferito dall'attore, o non consentisse a riferirglielo, dovrebbe essere condannato. *V.* all'oggetto una decisione della Corte di Bruxelles, del 28 giugno 1810; *Sirey*, 1814, 2, 95.

Tuttavolta le società in nome collettivo o in comandita debbono distendersi per iscritto, e vanno soggette alle formalità stabilite dal Codice di commercio per renderle pubbliche, sotto pena di nullità riguardo agl'interessati; art. 59 e segu. c. com. = 32 *U. ecc. com.*

507. Esposte queste osservazioni preliminari, passiamo alla disamina delle disposizioni del Codice sopra questo importante oggetto, e che presenta gran numero di dubbj.

Tratteremo in un primo paragrafo de' casi in cui la prova testimoniale non è da sè sola ammessa nei contratti;

In un secondo, della regola di non ammettersi alcuna prova testimoniale contra o oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma minore di 150 franchi;

In un terzo, delle eccezioni alle sopraesposte regole;

E finalmente in un quarto, della deposizione de' testimoni, delle cause di ricuse, e della estimazione delle deposizioni.

§ I.

In quai casi la pruova testimoniale non è da sè sola ammessa nei contratti.

SOMMARIO.

508. Testo dell' art. 1341 c. c., che cessa di essere applicabile quando le parti sono perfettamente di accordo sull' ammissione della pruova testimoniale.

509. Avrebbe potuto estendere la somma che è permesso provare con testimoni, oltre 150 franchi, per farla corrispondere al valore di 100 lire in tempo dell' ordinanza del 1667, e specialmente in tempo di quella del 1566.

510. Le obbligazioni nate anteriormente al Codice non han potuto, vigente il Codice, provarsi con testimoni, se non in conformità delle leggi antiche.

511. La regola che la pruova testimoniale non può ammettersi al di là di 150 franchi, si applica eziandio ai depositi volontarj.

512. E abbenchè si pretendesse che siavi stato delitto di abuso di fiducia.

513. Si applica per lo stesso motivo ai comodati.

514. E viemaggiormente alle locazioni di cose mobili.

515. La regola è generale; conseguenza.

516. E si applica per lo stesso motivo alle cose affidate ad un vetturale per trasportarle.

517. Se il reo convenuto pretenda che la cosa dimandata valga più di 150 franchi, dee farsene la stima prima di decidersi se la pruova testimoniale sia oppur no ammissibile.

518. Se debbasi a tal riguardo diffulare dal valore della cosa la somma che l' attore dichiara dovere dal suo canto per questo stesso oggetto.

519. Gl' interessi dimandati si computano col capitale della dimanda, ma non gl' interessi prodotti dalla mora.

520. Colui che ha dimandato un valore eccedente 150 franchi non è ammesso alla pruova testimoniale, offrendo di ridurre la sua dimanda.

521. Neppure vi è ammesso, secondo il Codice, abbenchè la sua dimanda non ecceda 150 franchi, se sia dichiarata essere residuo, 9

324. Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

far parte di una somma che eccedeva 150 franchi, e che non era provata per iscritto; censura di tale disposizione.

322. Del resto non è essa applicabile al caso di una vendita il cui prezzo fu in parte pagato in contante, quando ciò che tuttora si deve non eccedesse 150 franchi.

323. Dubbio che presenta la surriferita disposizione nella sua applicazione.

324. La riunione di molte dimande formanti insieme più di 150 franchi, non autorizza la pruova testimoniale, ancorchè venga allegato che i debiti provengano da diverse cause, e che si sieno formati in tempi diversi; ma le cause eccettuate dalla regola generale non debbono computarsi nella formazione di questa somma.

325. La stessa risoluzione principale non è applicabile al caso in cui i diversi crediti derivino da diverse persone, per titolo di successione, donazione o altrimenti.

326. Tutte le domande che non sieno interamente giustificate per mezzo di scrittura debbono proporsi in un medesimo libello, dopo il quale non possono riceversi altre dimande delle quali non esista la pruova scritturale.

327. Dubbio che presenta questa disposizione nella sua applicazione, ma che non osservavasi vigente l'ordinanza del 1667, donde è essa attinta.

328. Confutazione di un parere di Jousse a tal riguardo.

329. Se la parte che poteva impedire la pruova testimoniale dimandata dal suo avversario, non lo abbia praticato, ed ha anzi fatto la sua contropruova, può ancora appellare dalla sentenza interlocutoria, che ammise tale pruova.

308. La regola generale in questa materia si rinviene nell'art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc., così conceputo:

« Per qualunque cosa che ecceda la somma o
« il valore di cento cinquanta franchi, ancorchè
« si tratti di deposito volontario, deve stendersene
« atto innanzi notaio, o con privata scrittura. Non
« si ammette veruna pruova testimoniale nè con-
« tra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò
« che si allegasse essere stato detto avanti, con-

« temporaneamente o posteriormente agli atti me-
« desimi, ancorchè si trattasse di una somma o
« di un valore minore di cento cinquanta franchi.

« Tutto ciò non deroga a ciò ch'è prescritto nel-
« le leggi di commercio ».

E, a creder nostro, non deroga puranche al ca-
so in cui le parti fossero esse stesse di accordo sul-
l'ammissione della pruova testimoniale; giacchè la
legge non prescrive taluni atti che per la pruova.
Suppone che una parte si opponga a quella per
mezzo di testimoni, quando dichiara che tale pruova
non sarà ammessa al di là di 150 franchi. Non
autorizza i giudici a rigettare di uffizio la diman-
da in simil caso, poichè non gli autorizza a sup-
plire di uffizio anche il mezzo della prescrizione;
art. 2223 c. c. = 2129 ll. cc. Debbe avvenire a tal
riguardo come di una convenzione di prestare il
giuramento (1).

309. Quindi, per regola, allorchè si tratta di
una somma o di un valore eccedente 150 fr., e sia-
si potuto procurare una pruova scritta, non si am-
mette la pruova per mezzo di testimoni.

Si è fatto ascendere a cento cinquanta franchi la
somma che le ordinanze avevano stabilito a cento
lire. A cagione dell'abbondanza del numerario, che
è andato sempre crescendo in Europa dopo la sco-
verta dell'America, la prima di queste somme og-
gidì è ancor ben lungi di valere effettivamente quel

(1) *V. infra*, n.° 329.

che valeva la seconda nel 1667, e specialmente quel che valeva nel 1566, epoca della pubblicazione dell'ordinanza di Moulins, se si consideri ciocchè sarebbesi potuto allora procurare con cento lire, e ciocchè potrebbesi soltanto procurare presentemente con cento cinquanta franchi. Laonde non avvi maggior pericolo, anche riportandosi semplicemente al 1667, che per corruzione e subornazione di testimoni un uomo di mala fede cerchi di farsi pagare una somma di cento cinquanta franchi la quale non gli fosse dovuta, di quel che ve n'era anticamente, che cercasse, mercè lo stesso mezzo, di farsi pagare cento lire; anzi ve ne è molto di meno, e se più si fosse stato allo *spirito* della legislazione, avrebbesi potuto far ascendere il *maximum* sino a dugento franchi almeno, senza gravi inconvenienti.

510. Del resto, circa alle obbligazioni nate prima del Codice, ed abbenchè divenute esigibili soltanto vigente il Codice, non han potuto esse provarsi che in conformità delle antiche leggi; per conseguenza quelle che eccedevano cento lire, quantunque non eccedenti cento cinquanta franchi, non han potuto per dritto comune essere documentate colla sola pruova testimoniale, come benissimo giudicò la Corte di cassazione nel 22 marzo 1810 (1), per applicazione della regola che le leggi non hanno effetto retroattivo; art. 2 c. c. = 2 ll. cc.

(1) *Giornale di giurisprudenza del Codice civile*, tomo XVIII, p. 82.

311. Vedesi che anche per depositi volontari non è ammessa la pruova testimoniale oltre i cento cinquanta franchi. Prima dell'ordinanza del 1667 questo punto era stato controvertito, perchè quella di Moulins non si spiegava, e specialmente perchè, si diceva, non è nè di uso nè di convenienza che colui il quale fa un deposito tra le mani di un amico, e che riceve per conseguenza un servizio, ne dimandi una dichiarazione: ciò sembrerebbe offensivo in parecchi casi. Ma siccome era così un lasciare l'adito aperto agli abusi che si volevano prevenire, si stabilì la regola pei depositi volontari al pari che per gli altri contratti. Imperocchè non sarebbe stato vie più difficile ad un perverso il subornare testimoni per deporre di un deposito che per deporre di un mutuo.

312. In guisa che sebene la pruova testimoniale sia ammessa in materia di delitti, qualunque fosse la somma de'danni ed interessi dimandati pel detrimento sofferto, ed ancorchè l'abuso di fiducia commesso in occasione di un deposito sia un delitto (art. 408 c. pen. = 430 ll. pen.), nulladimeno non puossi, innanzi i tribunali di polizia correzionale del pari che innanzi i tribunali civili, provare il deposito con testimoni, se sia di un valore eccedente i cento cinquanta franchi, salvo i casi di eccezione di cui tra poco parleremo: per conseguenza non puossi pronunziare contro l'individuo accusato innanzi al tribunale di polizia correzionale di aver abusato d' un deposito, alcuna condanna,

sia penale sia civile, se il deposito non venga precedentemente provato in conformità delle disposizioni del Codice civile. Imperocchè sino a quel punto non avvi alcun delitto da punire, poichè la *causa* stessa del preteso delitto non è giustificata. Per esservi stata violazione di deposito, conviene che vi sia stato deposito: or ciò appunto è d'uopo in prima di provare giusta le regole sulla pruova de' contratti, poichè trattasi di un contratto.

In conseguenza di tali regole la Corte di cassazione giudicò, con arresto di cassazione del 12 messidoro anno XII (1), e de' 16 gennaio 1808 (2), che i tribunali di polizia correzionale sono incompetenti a conoscere della pretesa violazione di un deposito volontario eccedente cento cinquanta franchi di valore, quando venga negato, e non sia provato con alcun atto, o non esista un principio di pruova per iscritto. Neanche si concepisce di essersi potuto dapprima giudicare il contrario. Come mai infatti non si scorre che ciò era un favorire la frode, che si volle prevenire? Imperocchè in vece di domandare la restituzione di un preteso deposito in linea civile, un audace malvagio tenterebbe la via della polizia correzionale, ed i testimoni che subornerebbe gli presterebbero con uguale facilità il loro criminoso aiuto sì nell'una che nell'altra giurisdizione. Che anzi il timore che proverebbe na-

(1) Denevers, 1808, p. 119.

(2) Sirey, 1808, 1, 225.

turalmente colui al quale volesse carpire la somma più considerevole, indurrebbe quest' ultimo ad accordarla immantinente, anzichè esporsi puranche ad una condanna penale e disonorante; in modo che la frode perverrebbe vieppiù facilmente al suo scopo.

513. Talune decisioni profferite prima dell'ordinanza del 1667, dice Pothier, avevano puranche ammessa la pruova testimoniale per comodati, perchè questi al pari de' depositi si fanno ordinariamente tra amici, senza dimandare dichiarazione per iscritto; ma avendo dichiarato quell'ordinanza che il deposito volontario era compreso nella legge generale da cui richiedesi una pruova per iscritto, devesi viemaggiormente conchiudere la stessa cosa pel comodato, poichè si ha fiducia altrettanto in colui al quale si fa un deposito, che a colui al quale si fa il comodato; e chi fa un deposito dee vie più temere di offendere il suo amico dimandandogli una dichiarazione, che chi dà in comodato.

514. Debbe avvenire maggiormente lo stesso nelle locazioni di cose mobili, come mobiglie, un cavallo, una vettura; e secondo Jousse, nel suo commento sull'ordinanza del 1657, deesi pure comprendere nella regola il caso di cose pretese date da un vetturale per portarle o trasportarle da un luogo ad un altro, perchè dipese dal proprietario farsi da lui rilasciare una dichiarazione delle dette cose, almeno per mano di notaro, se il vetturale non sapeva scrivere. E circa ai procacci,

e vetture pubbliche, siccome i loro intraprenditori tengono registri, devesi badare, allorchè loro si consegnano cose da trasportare, di farvele annotare. A tal riguardo vi sono particolari regolamenti che fanno legge tra gl' intraprenditori e gli altri cittadini (art. 1786 c. c. = 1632 ll. cc.), e che noi spiegheremo trattando *della locazione*.

315. In somma non senza uno scopo l'art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc. si vale delle espressioni: « Per « *qualunque cosa* che ecceda la somma o il valore di cento cinquanta franchi, *ancorchè si tratti « di deposito volontario*, deve stendersene atto innanzi notaio, o con privata scrittura ». Si volle escludere la pruova testimoniale per qualunque cosa di valore eccedente una tale somma, sia qualsivoglia la specie di contratto a ragion del quale questa cosa fosse dimandata, nonchè pei pagamenti di debiti; salvo le eccezioni di cui tra poco parleremo.

In guisa che quando si tratterà di un preteso deposito volontario, o di un comodato, o di una locazione di corpo certo, per esempio un cavallo, una vettura, siccome in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279 c. c. = 2185 ll. cc.), colui al quale si domanderà la cosa, e che negherà il deposito, il comodato o la locazione, ne sarà presunto proprietario, sino alla pruova in contrario; e simile pruova non potrà farsi, anche in linea di polizia correzionale, che in conformità delle disposizioni del Codice civile, almeno ciò sarà ge-

neralmente vero: le sole circostanze particolari della causa potranno autorizzare i tribunali ad allontanarsi dalla regola. Spetta a coloro che affidano cose di valore eccedente cento cinquanta franchi, per uno di tai titoli, o per altra causa, il farsi dare una ricevuta da colui al quale le affidano. Ciò, ne conveniamo, non è senza inconvenienti, e neanche è costume di domandare una dichiarazione a un domiciliato al quale si dà in comodato o al quale si affitta un cavallo, una vettura, o qualunque altra cosa; ma finalmente la legge è positiva.

516. Fu puranche compresa nella regola la consegna de' titoli o carte affidate ad un usciere o ad un patrocinatoro per fare atti di esecuzione, e con decisione del 30 dicembre 1602, riferita da Peleo nelle sue *Azioni forense*, lib. 4, art. 22, e che Jousse, *loco citato*, sembra approvare, fu giudicato che la pruova testimoniale non potevasi per sè sola ammettere in un caso in cui l'interesse della lite era maggiore di cento lire.

Noi non sapremmo adottare siffatta opinione: tal caso debb' essere assimilato, circa alla pruova, a quelle specie di depositi che si fanno nelle osterie, perchè avvi *necessità* di consegnar carte ad un uffiziale ministeriale per fare atti di procedura, del pari che vi è *necessità* per un viaggiatore di deporre i suoi effetti nell'albergo in cui alloggia, nè costumasi di farsi rilasciare una ricevuta da questo uffiziale maggiormente che da un ostiere.

317. Allorchè la cosa dimandata, per essersi con-

segnata a titolo di deposito, di comodato, di affitto, o rilasciata per effetto di vendita o a titolo di pagamento, ec., non sia di una somma di danaro, e cada controversia sul fatto se consista oppur no in un valore eccedente cento cinquanta franchi, siccome dipende dalla risoluzione di questo punto l'ammettere o il rigettare la pruova testimoniale, è d'uopo primieramente estimare la cosa; e poichè il tribunale non ha le conoscenze necessarie per estimarla egli stesso, dee ordinare che verrà estimata da periti.

318. Ma circa al punto se la pruova testimoniale sia da se sola ammissibile, decisi mai prendere unicamente in considerazione il valore dell'interesse effettivo che ha l'attore di farla ammettere, oppure al contrario il valore della cosa che dimanda, senza diffalcarne il valore di ciò di cui si dichiara debitore a tal riguardo, e che offre di pagare? Per esempio, se io pretendo che voi mi abbiate venduto il tale cavallo, mediante trecento franchi, di cui dichiaro dovervi ancora il prezzo, debbo forse essere ammesso a provare il negozio con testimoni, se giusta l'estimazione fatta del cavallo in controversia, non vi fosse un valore maggiore di centocinquanta franchi di differenza colla somma che offero pel prezzo? A creder nostro, dovrebbe essere così, e certamente lo *spirito* della legge è favorevole a siffatta risoluzione, poichè non puossi ragionevolmente presumere che io abbia corrotto testimoni per procurarmi ingiustamente un valore il quale, tutto calcolato, non eccede 150 franchi, come si suppone.

Si sosterrà forse che l'oggetto dimandato è il cavallo, che il suo valore eccede cento cinquanta franchi, e per conseguenza che la legge prescriveva un atto per la pruova, poichè la prescrive *per qualunque cosa eccedente la somma o il valore di cento cinquanta franchi*. Forse si soggiungerà eziandio che l'art. 1344 c. c. = 1298 ll. cc. esclude anche la pruova testimoniale in casi in cui la cosa che si domanda provare sia di un valore inferiore a questa somma, perchè non si è seguito il prescritto dell'art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc., il quale richiedeva un atto in questi medesimi casi, attesochè sulle prime il negozio era di un valore maggiore di cento cinquanta franchi. Ma puossi rispondere che la specie non è simile a quelle di cui si tratta in questo art. 1344; giacchè l'*interesse effettivo* del negozio nel caso della vendita non eccedeva fin da principio cento cinquanta franchi, atteso il prezzo del cavallo che l'attore dichiarava di dovere. Costui non ha avuto mai a dimandare un valore eccedente tale somma, diffalcando quella di cui è debitore: l'interesse effettivo della convenzione sin da principio non era dunque maggiore di cento cinquanta franchi, ed il compratore dovè naturalmente credere che la legge non gli prescriveva di fare a tal uopo una scrittura. Tuttavolta confesseremo che la quistione non è senza qualche dubbio, e confesseremo eziandio che probabilmente i tribunali rigetterebbero simile dottrina, perchè a' loro occhi l'oggetto dimandato sarebbe il cavallo,

e non il valore che potrebbe avere oltre ciò che l'attore dichiarasse dovere per ragione della compra di tale cavallo. Ma nel caso di società, di cui abbiamo più innanzi parlato, n.º 306, ci sembra che la risoluzione da noi data non andrebbe sottoposta a dubbio alcuno, perchè cioè vien dimandato non è che una parte dell'oggetto della società, e non tutto l'oggetto della medesima.

519. La regola generale è applicabile al caso in cui l'azione contenga, oltre la dimanda del capitale, una dimanda d'interessi che uniti al capitale eccedano la somma di cento cinquanta franchi; art. 1542 c. c. = 1296 ll. cc. La ragione n'è semplice: chi volesse ottenere mercè la pruova testimoniale una somma di 170 franchi, per esempio, farebbe deporre che mutuò 150 franchi da quattro anni con convenzione d'interessi al 5 per 100 all'anno, ed in tal modo sormonterebbe i limiti dalla legge stabiliti al pari che se avesse dimandato i 170 franchi come mutuati integralmente.

Siffatta risoluzione non è tuttavia applicabile agl'interessi giudiziali o *moratorj*, cioè agl'interessi decorsi dal giorno della domanda; giacchè non ne facevano parte, ed il creditore non dee soffrire dacchè il negozio è rimasto sospeso più o meno tempo, forse per colpa del debitore.

520. Colui che ha fatto una dimanda che eccede la somma di cento cinquanta franchi, non può essere più ammesso alla pruova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima dimanda; art. 1545 c. c. = 1297 ll. cc.

Se vi fosse ammesso, i testimoni deporrebbero del mutuo, per esempio, per la somma dimandata; ed abbenchè non potesse chiedere al di là di 150 franchi, alla quale somma si fosse ristretto, il debitore in faccia al pubblico sarebbe sempre reputato di averericevuto tutta la somma a lui dapprima dimandata; in modo che il timore di compromettere la sua riputazione, l'obbligherebbe a pagarla anzichè lasciar fare la pruova, e l'attore otterrebbe in tal modo indirettamente ciòchè ottenere non poteva apertamente.

Si attribuisce puranche quest'altro motivo alla disposizione: esser colpa del creditore, poichè la somma eccedeva da principio cento cinquanta franchi, di non aver dimandato un titolo; ed è d'uopo convenire che tal motivo sembra fortemente confermato dall'art. 1344 c. c. = 1298 ll. cc., secondo il quale la pruova testimoniale; sulla dimanda di una somma anche minore di cento cinquanta franchi, non può ammettersi, allorchè questa vien dichiarata essere residuo, o far parte di un credito maggiore che non sia provato per iscritto. Ma quest'ultima disposizione merita talune spiegazioni, che noi tra poco daremo.

Dalla regola che l'attore dopo aver prodotta la sua dimanda non può più ridurre la somma per far ammettere la pruova testimoniale, Pothier desume la conseguenza che quando taluno dee produrre una dimanda di danni ed interessi per insecuzione di una convenzione verbale di fare o di

non fare qualche cosa, ed è incerto se la somma ascenderà oppur no a più di 100 lire, egli dee, per far ammettere la pruova testimoniale della convenzione, determinare nella sua dimanda il valore di tali danni ed interessi ad una certa somma che non ecceda 100 lire; che dee eziandio ridurla da principio; giacchè se già avesse conchiuso per una somma eccedente quella dell'ordinanza, siccome con ciò avrebbe anche riconosciuto che l'oggetto della convenzione richiedeva un titolo, non sarebbe ammesso di poi, riducendo la sua dimanda, a poterla giustificare mediante testimoni.

E Pothier cita a tal uopo, per argomento, una decisione del 17 dicembre 1638, riferita da Bardet, VII, 46, nella cui specie un sarto il quale aveva dimandato una somma di 200 lire ad una vedova per somministrazioni di abiti al di lei marito, fu escluso dalla pruova testimoniale che offriva di fare di essersi questa vedova renduta garante del debito, abbenchè si limitasse a cento lire.

321. Si è veduto che, giusta l'art. 1544 c. c. = 1298 ll. cc., la pruova testimoniale, sulla dimanda di una somma anche minore di 150 franchi, non può ammettersi allorchè questa somma venga dichiarata essere residuo o far parte di un credito maggiore che non sia provato per iscritto; ma questo *credito maggiore* deve intendersi di un credito maggiore di 150 franchi, giacchè sino a tale somma non cravi bisogno di fare un atto.

Si seguì in tal punto l'opinione di Pothier, con-

trariamente a quella di Boicau, di Jousse e di molti altri autori ; ma non crediamo che siasi ben fatto di anteporre il suo parere. Egli così si esprime:

« Io vi domando 60 lire, residuo del prezzo di
 « una cosa che pretendo avervi venduta per 200
 « lire. Voi negate di aver comprato cosa alcuna
 « da me: debbo io forse essere ammesso alla pruo-
 « va testimoniale per questa vendita? Boiceau , 1 ,
 « 18, è per l'affermativa , e cita egli talune leg-
 « gi ché non mi sembrano essere applicabili. Ve-
 « ro è che quando si tratta di risolvere della
 « competenza di un giudice che non può sentenziare
 « se non sino ad una determinata somma , *quan-*
 « *tum petatur quærendum est, non quantum de-*
 « *beatur*, l. 19, § 1, ff. *de jurisdictione*, perchè
 « il magistrato non giudica se non di ciò che vien
 « dimandato. Ma in siffatta specie per sapere se
 « debbasi permettere all'attore la prova della con-
 « venzione, convien sapere se sia una convenzione
 « di cui l'ordinanza l'obbligava a far distendere
 « un atto per iscritto. Or ciò si risolve con quel
 « che formava l'oggetto della convenzione, il quale
 « eccedeva 100 lire, e non con ciò che riman do-
 « vuto; non può esser dunque ammesso alla pruo-
 « va testimoniale, sebbene non rimangano dovute
 « che 60 lire. Questo è il parere del comentatore
 « sopra Boiceau (1).

« Per la medesima ragione se , come crede per

(1) Daufy.

« una quarta parte di mio padre, io vi domando 50
 « lire, pel quarto della somma di 200 lire che preten-
 « do esservi state mutate da mio padre, non sa-
 « rei ammesso alla pruova testimoniale del mutuo.

« Ma se in ambedue i casi l'attore offrisse la
 « pruova testimoniale, non della vendita fatta pel
 « prezzo di 200 lire, non del mutuo di 200 lire
 « fatto dal defunto, ma della promessa che gli aves-
 « se fatto il convenuto di pagargli le 60 lire che
 « rimanevano dovute del prezzo della vendita, o le
 « 50 lire a lui dovute per la sua quarta parte, credo
 « che dovrebbe essere ammesso alla pruova, giac-
 « chè tale promessa è una nuova convenzione con-
 « fermativa della prima, e l'oggetto di questa
 « nuova convenzione non eccedendo 100 lire, nulla
 « impedisce che se ne possa ammettere la pruova
 « testimoniale ».

Ciò sembraci sì vero, che a creder nostro la
 pruova testimoniale dovrebbe ammettersi, ancorchè
 il debitore si fosse limitato semplicemente a dichia-
 rare il debito innanzi ai testimoni, senza obbli-
 garsi espressamente a pagarlo; giacchè colui che
 dichiara di *dovere*, si obbliga implicitamente e vir-
 tualmente a pagare *ciò che deve*.

Ma anche non esistendo siffatta promessa o sif-
 fatta dichiarazione, non eravi effettivamente ragio-
 nevole motivo per rigettare in tali casi la pruova
 testimoniale. Il creditore, dice Pothier, contravvenne
 all'ordinanza, che gli prescriveva di distendere un
 atto scritto di un'obbligazione che eccedeva 100 lire;

ma con quale mira, in quale spirito; per quale oggetto ve l'obbligava essa mai? Imperocchè ciò veramente bisognava osservare; essa obbligava a far degli atti, affinchè non si potesse provare con testimoni al di là di 100 lire. « Per tutte le cose eccedenti la somma di 100 lire saranno distesi contratti » pei quali soltanto *sarà ammessa la pruova della materia* », diceva quella di Moulins; ma non per rendere gli atti necessarij alla validità delle convenzioni medesime. Ciò è sì vero, che essa non escludeva le altre specie di pruova, come la confessione della parte e 'l giuramento. E neanche, secontlo si sostenne da taluno, essa vietava al creditore la pruova testimoniale, colla mira di punire questo creditore che ebbe fiducia nel suo debitore per una somma eccedente 100 lire, ma per cagione del pericolo di siffatta pruova; per altro l'ordinanza stessa non vi aveva avuto alcun riguardo allorchè la somma o valore non eccedeva 100 lire: or nella specie essa nettampoco eccedeva 100 lire.

A forza di comentare e di torturare il senso dell'ordinanza (giacchè essa non conteneva alcuna disposizione simile a quella del nostro art. 1344 c. c. = 1298 ll. cc.), si finì con applicarla in un modo contrario al suo vero spirito. Pothier medesimo se ne dolse riguardo ad un'altra quistione: egli ben ammette che si possa provare con testimoni un pagamento, non eccedente 100 lire, di un debito comprovato per mezzo di scrittura, e nondimeno, egli dice, *per una cattiva interpretazione dell'or-*

340 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
dinanza, l'uso è contrario. Dimostreremo in appresso che Pothier ha pienamente ragione su tal punto, e che il Codice almeno non ha in ciò adottato la cattiva interpretazione dell'ordinanza; ma Pothier avrebbe dovuto eziandio, a parer nostro, sul caso di cui si tratta seguire piuttosto il sentimento di Boicau e di Jousse, che attenersi alla *lettera* di siffatta ordinanza, in quanto che essa prescriveva di distendere atti per tutte le cose eccedenti 100 lire; giacchè, ripetiamolo pure, non li prescriveva effettivamente se non per escludere la pruova testimoniale, a cagione del pericolo della subornazione; e nella specie questo pericolo non era a temersi vie più che se la somma di 60 lire non fosse stato il residuo di somma maggiore, ma quella sin da principio dovuta. Convien badare puranche che il desiderio di prevenir le frodi, spinto troppo oltre, non vi dia precisamente luogo, favorendo i debitori di mala fede.

Si comprende benissimo che un creditore dopo aver dimandato giudizialmente una somma la quale eccedesse 150 fr., non può di poi per far ammettere la pruova testimoniale ridurre la sua dimanda a 150 franchi, e ne adducemmo la vera ragione: egli costringerebbe indirettamente il convenuto a pagargli la intera somma primitivamente domandata, pel timore che avesse costui di veder compromessa la sua riputazione col risultamento della pruova testimoniale. Ma siffatta ragione non ha alcuna forza nei casi in cui la dimanda sin da principio non eccede-

da 150 franchi, poichè non si proverà con efficacia oltre ciò che fu domandato. Non puossi aver dunque altro oggetto di timore se non quello che una persona sarebbe esposta a pagare al più 150 franchi che non dovesse, ma tale pericolo sussiste ugualmente nei casi ordinarj, e la legge non vi ha alcun riguardo, dacchè non lo presume.

Si dirà forse che il creditore non dovette fin da principio fidare sulla pruova testimoniale, e che un pagamento parziale fatto di poi dal debitore non gli dovette conferire il dritto di fare questa pruova? E perchè no, se si stia al vero spirito della legge, se si consideri lo scopo che essa si propose ingiungendo atti per iscritto pei valori eccedenti 150 franchi?

Che che ne sia, il suo testo è formale, e conviene sottomettervisi; ma ha ancora bisogno di spiegazione per essere esattamente inteso.

322. Così, nella specie della vendita di una cosa mediante 200 lire, e di una domanda di 60 lire, supposta da Pothier, questo autore non spiega se intese parlare anche del caso in cui il compratore avesse pagato in contante le 140 lire le quali colle 60 lire dimandate formavano il prezzo della vendita; e nulladimèno ci sembra evidente che nè la sua opinione, nè il prescritto dell' art. 1344 c. c. = 1298 ll. cc. debbano intendersi di tal caso.

In fatti se il compratore ha pagato in contanto 140 lire, non fu da principio effettivamente debi-

tore se non di 60 lire soltanto, ed abbenchè queste 60 lire formassero parte della somma delle 200 lire convenute, nulladimeno non fecero *parte* di un *credito* di 200 lire, poichè esse sole costituirono l'intero credito; il venditore non ha avuto dunque bisogno di una pruova che per queste medesime 60 lire soltanto, per quel che gli era dovuto, per l'oggetto per cui ha avuto azione, e non mai ebbe azione che per 60 lire. Or se non ha avuto bisogno di pruova che per questa somma, quella per mezzo di testimoni gli è dovuta sembrare sufficiente, e gli è dovuta bastare in effetti. Queste 60 lire formavano esse sole tutto il debito, e la pruova era necessaria soltanto pel debito.

Se si sostenesse, ragionando *de apicibus juris*, che per un istante di ragione, dacchè le parti convennero sulla cosa e sul prezzo sino al momento stesso in cui il compratore pagò le 140 lire date in contante, queste 140 lire sieno state dovute, e per conseguenza che tale somma, nonchè quella di 60 lire per la quale fu accordata dilazione al compratore, sieno due parti di un medesimo credito, di una medesima somma, quella di 200 lire convenute come prezzo della vendita, e che posto ciò debbasi applicare l'art. 1344 c. c. = 1298 II. cc.; risponderemmo che in realtà le 140 lire pagate in contante non furono dovute; che non debbansi considerare come essendolo state; giacchè il compratore che paga il prezzo in contante non può riguardarsi come debitore, ed ecco perchè general-

mente si conviene in ammettere che se in tal caso sia disteso atto in iscrittura privata della vendita, non è mestieri che venga fatto in doppio originale; il venditore in fatti non ha bisogno di un titolo contro colui che nulla gli deve. Or la legge sulla pruova testimoniale non volle certo prescrivere atti che per provare i debiti, e debiti eccedenti la somma da essa determinata.

Il citato art. 1544 non ammette la pruova testimoniale allorchè la somma dimandata venga *dichiarata* essere residuo o far parte di un *credito* maggiore che è provato per iscritto, ma nella nostra specie, abbenchè la somma convenuta sia stata di 200 lire, nulladimeno in effetti il *credito*, la cosa per la quale *si stette alla fede* del compratore, *creditum*, non fu mai che di 60 lire solamente: non si ebbe fiducia in lui, non vi fu *creditum*, per le 140 lire che pagò in contante.

Vi sarebbe stata altronde una grande inconseguenza in questa medesima legge se avesse inteso prescrivere ad una persona alla quale eran dovute soltanto 60 lire per oggetti venduti e consegnati, di richiedere una pruova scritta per questa somma, e di costringere in tal modo l'acquirente a ricorrere al dispendioso ministero di un notaio, se non avesse saputo scrivere, quando nondimeno da un altro canto avrebbe liberato le parti dall'obbligo di fare un atto nel caso medesimo in cui la somma dovuta fosse stata sino a 100 lire (e presentemente sino a 150 fr.), se la vendita fosse stata soltanto di tale somma.

Il ragionamento di Pothier sul caso da lui preveduto, che il venditore abbia contravvenuto all'ordinanza, perchè essa richiedeva una pruova scritta per una vendita di 200 lire, tale ragionamento, diciamo, neanche può applicarsi alla specie, perchè l'ordinanza non ingiunse una pruova scritta per provare un credito maggiore di 100 lire, e che nella specie il venditore non fu creditore che di una somma di 60 lire soltanto, mercè il pagamento in contante di 140 lire. E crediamo che lo stesso Pothier, nemico delle sottigliezze, avrebbe risoluto la quistione al par di noi, se l'avesse risguardata nella ipotesi di un pagamento in contante delle 140 lire, poichè dice nella specie da lui preveduta, che se l'attore offerisse di provare con testimoni, non la vendita fatta pel prezzo di 200 lire, ma la promessa fattagli dal convenuto di pagargli le 60 lire che gli rimanevano dovute sul prezzo di questa vendita, la pruova dovrebbe essere ammessa: or l'attore nella nostra ipotesi dimanda di provare che il convenuto promise di pagargli le 60 lire per le quali gli venne accordata una dilazione, la quale promessa è stata da costui fatta sì incontrastabilmente come nel caso preveduto da Pothier, e la cui pruova non offre vie maggior pericolo, e non è vieppiù contraria allo spirito della legge.

Se mai si supponga che cransi vendute cinquanta tomola di grano mediante 200 lire, è come se il compratore ne avesse acquistato e pagato in contan-

te trentacinque tomola , e ricevuto quindici tomola a credito. Ma risolveremmo la medesima cosa nel caso in cui fosse stato un solo oggetto , perchè non vi sarebbe sempre stato che un *credito* di 60 lire , il quale, ai termini stessi dell'ordinanza, non avea bisogno di essere comprovata con iscrittura.

E quando anche nella nostra specie il venditore avesse malamente dichiarato nella sua dimanda che le 60 lire richieste erano il residuo di un prezzo di vendita di 200 lire , la pruova testimoniale , a creder nostro, si avrebbe dovuto sempre ammettere , perchè bisogna attenersi piuttosto alla realtà delle cose che alle parole di cui siasi fatto uso.

Quindi crediamo che la disposizione dell'art. 1544 c. c. = 1298 ll. cc. debba intendersi del caso in cui sin da principio il credito ascendeva ad una somma maggiore di 150 fr., e non di quello in cui per effetto di un pagamento in contante, esso fosse di una somma inferiore. In quest'ultima ipotesi non è che *nomine tenus* il residuo di una somma maggiore; in realtà essa costituisce ed ha costituito l'intero debito: soltanto per ciò vi fu azione fin da principio, perchè non vi fu credito, *creditum*, se non per l'oggetto in ragione del quale *si stette alla fede* del compratore.

523. Questo medesimo articolo presenta un dubbio assai più grave , a parer nostro. Da chi in fatti suppone mai che la somma domandata *sarà stata dichiarata essere il residuo o far parte di un credito maggiore di 150 franchi il quale non sia pro-*

vato con iscrivitura? Non suppone che lo sia dai testimoni, poichè dice che la pruova testimoniale non debb' essere ammessa. Neanche suppone che lo sia dal convenuto, poichè costui nega il debito, ed appunto perchè egli lo nega, ha luogo la quistione se sia oppur no ammessibile la pruova testimoniale. Suppone adunque che lo sia dall' attore; ma conoscendo quest' ultimo la disposizione di tal medesimo articolo, generalmente si guarderà bene dal fare simile dichiarazione, e non crederà con ciò ledere l' equità, poichè la somma da lui dimandata è realmente dovuta. Quindi in vece, per esempio, di domandare 140 franchi, come residuo di una somma di 160 franchi a lui promessi dal convenuto per prezzo di una determinata quantità di derrate o di un determinato oggetto, che gli vendette e consegnò in presenza di testimoni, dimanderà semplicemente 140 franchi pel prezzo di quest' oggetto, e ciò, sia che avesse ricevuto oppur no un pagamento di 20 franchi dopo la vendita. Diciamo *dopo la vendita*, perchè, giusta quanto abbiamo dimostrato, se avesse ricevuto questo pagamento di 20 franchi al tempo stesso della vendita, siccome il *credito* non sarebbe stato effettivamente che di 140 franchi, l' art. 1544 di sopra citato non avrebbe potuto applicarsi a tal caso, almeno secondo la nostra opinione, e la pruova per mezzo di testimoni non avrebbe dovuto incontrare alcun dubbio. Ma nella ipotesi da noi proposta, avviene al contrario uno abbastanza grave.

In fatti come mai il convenuto escluderà egli la pruova testimoniale? e se non può escluderla, quale sarà mai la sorte della dimanda nel caso in cui, come devesi supporre, gli stessi testimoni dichiareranno che vi fu vendita tra le parti del tale oggetto, mediante 160 franchi?

Primieramente negando la vendita, il debitore in evidente modo dichiara con ciò stesso che non puossi applicare alla sua causa l'art. 1344: questo non ha bisogno di essere più ampiamente dimostrato.

Al contrario confessando la vendita e la tradizione della cosa, ma sostenendo tuttavolta, per rendere a sè applicabile quest'articolo, che essa fu fatta mediante 160 franchi, e non mediante 140, come dice l'attore, renderebbe superflua la pruova testimoniale, dichiarasse oppur no di aver pagato 20 franchi a conto; giacchè in tal modo confesserebbe il debito, senza per ciò giustificare la sua liberazione. Laonde non devesi supporre nella nostra ipotesi che egli faccia tale confessione.

Finalmente dichiarando di esser vero che vi fu vendita, ma mediante 160 franchi, e che ne pagò il prezzo, la sua confessione al certo non potrebbe scindersi (art. 1356 c. c. = 1310 ll. cc.), ma l'attore non sarebbe obbligato di attenersi, salvo a lui di provare la sua dimanda con altri mezzi. Or ciò appunto vuol egli fare nella specie colla pruova testimoniale, atteso che la sua dimanda è di una somma che non eccede 150 fr., e non è dichiarata

da lui essere residuo o far parte di un credito maggiore di tale somma.

Non rimane dunque al convenuto nella nostra specie, per tentare di rendere a sè applicabile questo art. 1544, se non di domandare al tribunale che l'attore sia tenuto a precisare maggiormente i fatti, a farlo interrogare sopra fatti e loro circostanze; ma se l'attore si rimetta alla dichiarazione fatta nella sua dimanda (1), è chiaro di essere inevitabile la prova testimoniale, ed allora insorge la quistione da noi sulle prime elevata, quale sarà mai la sorte della dimanda nel caso in cui, come devonsi supporre, i testimoni dichiareranno che la vendita fu fatta pel prezzo di 160 franchi?

È questo un dubbio da Pothier certamente non preveduto, giacchè nell'esempio da lui addotto « di una dimanda di 60 lire residuo del prezzo di « una cosa che *pretendo* di avervi venduto pel « prezzo di 200 lire », è chiaro di supporre da lui che l'attore stesso sia quello il quale *dichiara* che la somma da lui dimandata è il residuo di una somma la quale, secondo l'ordinanza, avrebbe dovuto provarsi per iscritto, e ciò vien puranche supposto dal medesimo art. 1544; mentrechè noi supponiamo, ciocchè accadrà più comunemente, che l'attore eviterà di dichiarare essere la somma

(1) È al certo una cattiva legge quella che espone un creditore legittimo a perdere il suo credito, o a non rispondere in modo interamente uniforme alla verità sopra un fatto il quale non corrisponde perfettamente all'esistenza reale di questo medesimo credito.

da lui domandata residuo di un credito il quale eccedeva 150 franchi sin da principio.

Se si stesse al vero scopo che si propose e che dovè proporsi il legislatore nell' art. 1541 c. c. = 1295 *ll. cc.*, il quale forma la regola generale della materia, indubitatamente dovrebbe dirsi che il convenuto dev'essere condannato a pagare i 140 franchi domandati; e si dovrebbe anche dire così nonostante l'art. 1544 c. c. = 1298 *ll. cc.*, se non si volesse seguire che *la lettera* di quest' articolo. Ma ove si voglia stare all'intenzione con cui fu dettato, per effetto di una cattiva interpretazione dell' ordinanza del 1667, si risolverebbe probabilmente che la dimanda nella specie dev'essere rigettata. Si opporrà che essa fu stabilita sulla pruova testimoniale che questo stesso articolo aveva per oggetto di escludere, e che avrebbe escluso in fatti se la somma domandata fosse stata dichiarata dall' attore di essere il residuo di un credito eccedente 150 franchi il quale non era provato per iscritto. Si dirà che se così non fosse, nulla riuscirebbe più facile quanto lo eludere questo medesimo articolo, che del resto noi vorremmo veder cancellato dal Codice come uno di quegli assurdi *tradizionali*, di cui si rinviene più di un esempio.

324. Se nella medesima istanza una parte fa molte dimande, delle quali non vi fosse alcun titolo per iscritto, e che unite insieme eccedano la somma di 150 franchi, non può ammettersene la pruova testimoniale, ancorchè la parte allegghi che

tali crediti provengano da cause diverse, e che si sieno formati in tempi diversi, purchè simili dritti non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazione o altrimenti; art. 1345 c. c. = 1299 ll. cc.

Poco importa che ciascuna delle cause non fosse soggetta alla regola generale; giacchè se così non fosse, colui che volesse ottenere coll' aiuto della pruova testimoniale una somma al disopra di 150 franchi che non fosse a lui dovuta, non mancherebbe di dare molte cause alla sua dimanda: ei chiederebbe 150 franchi per mutuo, 150 franchi per cagion di vendita, ec., ed i testimoni da lui corrotti non avrebbero alcuna difficoltà a deporre su queste diverse cause del pari che per una sola: essi non meriterebbero maggior fede sulla diversità delle cause che sui debiti medesimi, allorchè eccedano 150 fr. La disposizione sarebbe applicabile, ancorchè egli offrisse di provare con testimoni diversi ciascuna causa della dimanda; l'articolo non fa distinzione alcuna. Ed in vano allegherebbe che i crediti si son formati in diversi tempi. La ragione che ne assegna Pothier è che fin da quando l'attore si trovava già creditore di una determinata somma non provata per iscritto, e divenne in prosieguo creditore di un'altra somma, che unitamente alla prima eccedeva la quantità stabilita dall'ordinanza, doveva chiedere una pruova per iscritto.

La vera ragione, a creder nostro, è che non gli sarebbe vie maggiormente difficile far dichiarare dai

testimoni che ei mutuò in diversi tempi la somma dimandata, che fare ad essi dire di averla sborsata in una sola volta.

Quella addotta da Pothier non sarebbe del resto applicabile, e stante ciò neanche il sarebbe il nostro articolo, nel caso in cui il secondo credito fosse il risultamento di un delitto o di un quasi delitto commesso dal debitore verso il creditore, o il risultamento dell'amministrazione de' suoi affari, senza suo consenso; giacchè costui non poteva dimandarne una pruova in iscrittura: ambedue i crediti potrebbero provarsi con testimoni.

Ma sarebbe mai lo stesso, se il credito ultimo fosse quello per mutuo, vendita, deposito, ec., o se l'uno de' due crediti, poco importa quale, venisse sostenuto da un principio di pruova per iscritto? L'art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc. dice che *le regole esposte di sopra* ammettono eccezione, quando esiste un principio di pruova scritturale, e l'articolo seguente dichiara ugualmente *che esse* (le predette regole) soggiacciono anche ad eccezione nei casi di obbligazioni che nascono da quasi contratti e da delitti o quasi delitti. Or se la pruova testimoniale è di dritto in siffatte obbligazioni, e nelle altre qualora esista un principio di pruova scritturale, qualunque sia la somma dimandata, sembra che non dovrebbero prendersi in considerazione nella formazione della somma oltre la quale la legge non ammette la pruova testimoniale, abbenchè fossero anteriori al credito per mutuo, vendita o deposito;

imperocchè nel numero *delle regole di sopra esposte* si trova quella del nostro art. 1345 c. c. = 1299 ll. cc. Il creditore quando fece il mutuo, ec. potette ragionevolmente credere che non doveva occuparsi di tali crediti, poichè la legge gli dichiarava che potrebbe provarli con testimoni: egli non dovette occuparsi che della cura di provare l'ultimo; or siccome esso non eccedeva 150 fr., potette contentarsi di una pruova testimoniale. In tal caso altronde non deve temersi la frode come nei casi ordinarij. Siffatta risoluzione soprattutto sarebbe incontestabile se ignorasse il fatto che diè luogo al primo credito, cioèchè non sarebbe impossibile. Confesseremo tuttavia che, nel caso contrario, la quistione non è senza qualche dubbio; e saremmo indotti a credere che i tribunali rigetterebbero ogni nuova dimanda non provata per iscritto, la cui causa fosse anteriore alla prima, ed era già conosciuta dall'attore.

325. Poichè la regola stabilita da questo articolo non è applicabile ai casi in cui i dritti o crediti compresi nella dimanda, ed eccedenti 150 franchi, derivino per successione, donazione o altrimenti, da persone diverse, ne segue che io potrei, per esempio, provare con testimoni che mio padre, di cui sono erede, vi prestò una somma di 150 franchi, e che io da mia parte ve ne abbia prestato una simile; oppure che mio padre prestò questa somma al vostro, di cui voi siete unico erede, e che ve ne ha prestato una anche a voi medesimo; oppure *vice*

versa, che io prestai una tale somma a vostro padre, e che ne abbia a voi prestato una simile. In tutti questi casi in fatti i crediti non sono nati tra le medesime persone: mio padre ed io, vostro padre e voi sono persone diverse. La pruova testimoniale è dunque ammissibile per provare i due crediti, abbenchè riuniti eccedano di molto 150 franchi: e siccome l'articolo non fa distinzione alcuna, i medesimi testimoni deporrebbero validamente per l'uno e per l'altro.

Avvi nondimeno un dubbio, e sorge dalla ragione allegata da Pothier, che quando una persona si trova già creditrice di una determinata somma che non sia provata per iscritto, e lo divenga di poi del medesimo debitore per un'altra somma che unita alla prima eccedesse quella di 100 lire, questa persona deve farsi dare una pruova scritturale del secondo credito: donde emerge la quistione se nel caso in cui io non vi avessi fatto il prestito che vi ho fatto, se non soltanto dopo che ho raccolto la successione di mio padre, per conseguenza in un tempo in cui per ragione della massima *il morto impossessa il vivo*, io già fossi divenuto vostro creditore, a cagione di quello fattovi da lui stesso, sarebbe mai applicabile l'eccezione del nostro articolo? E la quistione è la medesima se, nel secondo e nel terzo caso, il prestito fattovi da mio padre o da me, non ha avuto luogo che dopo l'apertura della successione di vostro padre, al quale il mio o io stesso abbiamo ugualmente mutuato.

Siccome l'articolo non distingue, e i diversi crediti *derivano* da persone diverse, crediamo che in fatti non debbasi fare alcuna distinzione; salvo al tribunale, nel caso in cui si producessero gli stessi testimoni per istabilire i due prestiti, a decidersi secondo tutte le circostanze della causa, tanto circa all'ammissione o al rigetto della pruova testimoniale, quanto circa alla sentenza sul merito, se avesse creduto dover ammettere tale pruova. È questo eziandio un potere che esso ha generalmente, come in appresso diremo.

326. Affinchè le precedenti disposizioni sieno più esattamente osservate, l'art. 1346 c. c. = 1300 ll. cc., il quale riproduce a tal riguardo quella dell'art. 6 del titolo 20 dell'ordinanza del 1667, dice che « tutte le dimande, da qualunque causa pro-
« cedano, che non sieno interamente giustificate
« per mezzo di scrittura, debbono proporsi in un
« medesimo libello, dopo il quale non potranno
« riceversi altre dimande delle quali non esiste la
« pruova scritturale ».

Si volle prevenire qualunque sutterfugio, ed impedire che un uomo di mala fede ottenesse, coll'aiuto della pruova testimoniale, e con domande successive, una gran somma che dividerebbe per parti, astenendosi tuttavia di dichiarare nelle sue domande di essere una porzione o residuo di un credito eccedente 150 franchi, e che non era provato con iscrittura, affin di evitare l'applicazione dell'art. 1344 c. c. = 1298 ll. cc.

327. Siffatta disposizione non è tuttavia senza qualche dubbio nella sua esatta applicazione, e sembra eziandio che al tempo di Jousse era ben volentieri trascurata, giacchè questo autore così si esprime nel suo commento sull'ordinanza: « Sarebbe desiderabile che questa disposizione la quale è assai saggia, fosse osservata più esattamente di quel che lo è, mentre ciò contribuirebbe molto ad abbreviare la durata delle liti ».

Pothier che nel suo trattato *delle Obbligazioni* esamina le altre disposizioni dell'ordinanza, non fa anche menzione di questa.

Chechè ne sia, come mai debb' essere intesa? Il creditore dee forse comprendere nel suo libello anche i crediti sotto condizione, non che quelli il cui termine non sia ancora scaduto? No, evidentemente, poichè riguardo ai primi non vi sono debiti propriamente parlando, ma una semplice speranza; § 4, *Instit. de verb. oblig.*; e riguardo ai secondi, non può privare il debitore del beneficio del termine. Del resto si regolerà prudentemente, riguardo a questi medesimi crediti, con fare le sue riserve nella causa, per prevenire ulteriori controversie.

Mà debbe mai comprendervi tutte le cagioni di dimande allora esigibili, ancorchè procedessero da diverse persone, sotto pena di non essere poi ammesso a dimandare il pagamento di quelle che non fossero interamente giustificate per mezzo di scrittura? Lo crediamo, giacchè l'art. 1346 c. c. =

1300 *ll. cc.* essendo in continuazione di quello che tratta di questi crediti, vi si applica in conseguenza; soltanto nel caso in cui il creditore al tempo della sua dimanda avesse avuto un giusto motivo d'ignorare l'esistenza di un dato suo credito, non sarebbe inammissibile di poi a dimandarne il pagamento, ed a provare il debito per mezzo di testimoni; argomento tratto dall'art. 1299 c. c. = 1253 *ll. cc.*

Dee anche comprendere nello stesso libello i crediti esigibili, ancorchè fossero avvalorati da un principio di pruova scritturale; giacchè un principio di pruova scritturale non è una pruova scritta, e l'articolo vuole che l'attore comprenda nel medesimo libello tutte le dimande, da qualunque causa procedano, che non siano *interamente giustificate per mezzo di scritture*. Poco importa che l'art. 1347 c. c. = 1301 *ll. cc.*, il quale dice che « le regole esposte di sopra ammettono eccezione, « quando esiste un principio di pruova scritturale » venga dopo la disposizione che ora esaminiamo: questa disposizione è speciale, ed a tal titolo rende inapplicabile alla causa quella di esso art. 1347.

Diciamo altrettanto dei crediti che avessero per causa un quasicontratto o quasidelitto, ed anche un delitto, nel caso in cui l'attore volesse di poi procedere in linea civile. Ed in effetti l'art. 1346 c. c. = 1300 *ll. cc.* dice: « Tutte le domande, da « qualunque causa procedano, che non siano in-

« teramente giustificate per mezzo di scrittura ,
 « debbono proporsi in un medesimo libello , dopo
 « il quale non potranno riceversi altre domande
 « delle quali non esista la pruova scritturale ».
 Queste parole , *da qualunque causa procedano* ,
 comprendono tutte le cause di dimanda che l'at-
 tore volesse di poi giustificare per mezzo della
 pruova testimoniale. Vi sarebbe eccezione sol per
 riguardo ai crediti di cui egli ignorava le cause nel
 tempo che formò la sua dimanda. •

Infine dicendo l'articolo che non potranno rice-
 versi altre dimande delle quali non esiste la pruova
 scritturale , intende forse parlare anche di quelle
 le cui cause fossero posteriori alla dimanda? Del-
 vincourt è di questo parere , giacchè, egli dice, si
 può mutuare una modica somma a taluno senza ob-
 bligenza ; ma quando costui abbia negato il presti-
 to , e vi è stata necessità di provarglielo per mez-
 zo di testimoni , non è presumibile che gli si dia
 a prestito una seconda volta sulla parola.

Questa osservazione non è alcetto senza fonda-
 mento ; ma da un'altra banda puossi dire che
 l'articolo non volle obbligare a comprendere nel
 medesimo libello se non le dimande le cui cause
 esistevano allora , e sol pel riguardo ad esse dice
 di poi che non potranno riceversi altre domande
 delle quali non esiste la pruova scritturale, poichè
 questa parte dell'articolo è un corollario della pri-
 ma. L'osservazione non potrebbe altronde in alcun
 modo applicarsi ai crediti nati da quasicontratti ,

da delitti o quasidelitti, nè agli altri crediti che l'attore avesse acquistato da un'altra persona, per successione, donazione, cessione o altrimenti, dopo la sua prima dimanda. Quindi non vi sarebbe dubbio per questi diversi crediti, la cui dimanda potrebbe evidentemente ammettersi. Circa a quelli che fossero nati tra le medesime parti, per l'effetto di contratti, e sempre posteriormente alla prima dimanda, la quistione, a parer nostro, dipenderebbe molto dalle circostanze: i giudici dovrebbero soprattutto prendere in considerazione la qualità dei testimoni ed esaminare se mai sieno gli stessi ovvero diversi da quelli che erano stati prodotti nel primo giudizio.

528. Jousse sull'art. 6 della sopraddeffa ordinanza diceva: « *Quid se il convenuto non voglia pre-*
« *valersi del dritto che gli concede questo articolo,*
« *e non opponga il mezzo d'inammissibilità? Sem-*
« *bra che possa il giudice supplirlo di uffizio, af-*
« *finchè le liti non sieno tratte alla lunga; il che*
« *risulta da quelle parole non potranno riceversi* ».

Dalla dimanda e dalla risposta di Jousse risulterebbe che il giudice non solamente dovrebbe rigettare di uffizio la dimanda tendente alla pruova testimoniale, ma anche la stessa dimanda principale: or ciò non possiamo noi credere, giusta le regole sulla confessione della parte e sul giuramento decisorio, il quale può essere deferito sopra qualunque specie di controversia (art. 1558 c. c. = 1312 ll. cc.), ancorchè non esista alcun principio

di pruova della dimanda o dell'eccezione su cui è dimandato (art. 1360 c. c. = 1314 ll. cc.), sola cosa che si possa dire con fondamento, per applicazione del nostro art. 1346 c. c. = 1300 ll. cc. , il quale rigetta ogni pruova testimoniale per riguardo alla nuova dimanda.

L'ordinanza non aveva inteso dare ai magistrati il potere di rigettarla , come se fosse stato un debito di giuoco , pel quale la legge non accorda alcuna azione : essa aveva soltanto voluto che il creditore non potesse pretendere di giustificare tal nuova dimanda per mezzo della pruova testimoniale , e ciò pure richiede l'art. 1346 suddetto , il quale tratta soltanto di questa pruova , e che non debbesi isolare dalle altre disposizioni del Codice. Tostochè il giudice non può supplire di uffizio il mezzo della prescrizione (art. 2225 c. c. = 2129 ll. cc.), non vedesi come potrebbe nella specie , pel motivo d'impedire che le liti sieno menate alla lunga , troncarle affatto , dando congedo al convenuto e condannando l'attore alle spese. La dichiarazione del 1753 , di cui si è parlato più sopra , *vietava ai giudici di ordinare giuridicamente la soddisfazione delle obbliganze* che non fossero fatte uniformemente alla sua disposizione , e tuttavia, non ostante questo divieto, ch'era al certo tanto contrario all'azione del creditore quanto nella nostra specie le parole *non potranno riceversi* , autorizzava l'attore a deferire il giuramento al convenuto, lungi che potesse il magistrato rigettare la

dimanda medesima di propria autorità. Del resto Jousse esprime con iscrupolo l'opinione che emette a tal riguardo: *sembra*, egli dice, ec. In quanto a noi, crediamo che non solo il giudice non debba rigettare di uffizio la dimanda, ma anche che non debba rigettare di uffizio la pruova testimoniale invocata dal creditore: la legge volle soltanto porgere al convenuto un mezzo d'inammissibilità a tal riguardo; giacchè è in sua libertà il prevalersene oppur no: *volenti non fit injuria*.

329. Lo stesso autore dimanda poscia se in un caso in cui una parte avrebbe potuto escludere la pruova testimoniale, acconsentì, almeno tacitamente facendo anch'essa la sua contropruova, che l'altra parte espletasse questa pruova, possa ancora interporre appello dalla sentenza interlocutoria che l'ammise, nonchè dalla sentenza in merito che ha pronunciato in conformità del risultamento della pruova testimoniale? E dice su tal quistione, che la parte può sempre essere ammessa ad appellare, ancorchè abbia fatto la sua pruova contraria. Egli cita a tal proposito due decisioni che così giudicarono; una del mese di dicembre 1573, riferita da Thévenot sulle *ordinanze*, lib. 3, tit. IX, art. 5; e l'altra del 28 giugno 1599, profferita a relazione di Louet. Si attiene puranche al parere di Caronda, lib. II, *respons.* 91, ed a quello di Leprière, *cent.* 4, cap. 22, n. 9 e 10. Ma aggiunge nondimeno: « Ch'egli crede che se la parte la quale « ha interesse d'impedire la pruova avesse accon-

« sentito *in termini espressi* a tale pruova per mezzo di testimoni, questa parte non potrebbe essere più ammessa ad interporne appello, benchè la causa fosse di una somma maggiore di 100 « lire ».

Ciò, a parer nostro, è sì poco dubbioso, che neanche veggiano perchè Jousse richiede a tal uopo un consenso espresso della parte: il suo consenso tacito risultante dalla sua contropuova, fatta senza protesta o riserva, è tanto chiaro quanto un consenso espresso in termini formali, e deve produrre il medesimo effetto, quello di renderla inammissibile ad appellare per questo capo avverso la sentenza in merito; salvo il caso in cui la pruova testimoniale fosse irregolare, e quello in cui tale sentenza fosse viziosa per qualche altra cagione, concedendo del resto che la materia ammettesse gravame, giusta le regole *sulla prima ed ultima istanza*.

E le stesse risoluzioni si applicherebbero al ricorso per cassazione, riguardo alla sentenza profferita in ultima istanza.

Ed in vero v'è diversità fra una sentenza interlocutoria ed una semplice sentenza preparatoria: l'esecuzione di quest'ultima, anche senza protesta o riserva, non impedisce d'interporre appello, appellando verso la sentenza profferita in merito (art. 451 c. pr. = 515 ll. pr. civ.); mentrèchè cosa simile non è detta nel Codice di procedura per riguardo all'esecuzione, senza proteste o riserve, di una sentenza interlocutoria. La ragione di differen-

za deriva dacchè la sentenza preparatoria è quella che riguarda un mero atto ordinatorio del giudizio, diretto a mettere la causa in istato di essere definitivamente giudicata, senza essere di pregiudizio al merito; in vece che la sentenza interlocutoria è di pregiudizio al merito (art. 452 *ibid.* = 516 *ibid.*); donde segue che potendo nuocere alla parte contro cui è stata profferita, se questa parte in vece di provvedersi colle vie di dritto contro tale sentenza, la esegua senza proteste o riserve, è perchè la trova ben profferita; essa vi aderisce: or le sentenze che ordinano una pruova testimoniale sono sentenze interlocutorie, essendo esse di *pregiudizio al merito*.

Andremo anche più lungi: è pure assai dubbioso oggidì che le proteste e riserve fatte dalla parte contro di cui si fosse ammessa la pruova testimoniale, nella sua contropruova o in un atto precedente, basterebbero a distruggere l'effetto dell'esecuzione da essa medesima data alla sentenza interlocutoria, facendo questa contropruova. Imperocchè per qual ragione non si è gravata da tale sentenza, come ne aveva dritto, anzichè eseguirla? Ei sarebbe forse perchè volle assoggettarsi all'evento in cui le pruove testimoniali le fossero favorevoli, e nel tempo stesso escludere l'evento contrario, riservandosi il mezzo di distruggerle, al pari della sentenza che fosse profferita in conformità delle deposizioni? Ciò non è dubbioso, ma parimente ciò neanche è uniforme alle regole della giustizia e del dritto.

§ II.

Non si ammette veruna pruova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma minore di 150 franchi.

SOMMARIO.

330. Come debba intendersi la regola.

331. *Diversi esempj di casi in cui essa si applica.*

332. *Ma non si applica ai casi nei quali il convenuto dimanda di provare per mezzo di testimoni che la causa reale dell' obbligazione sono il giuoco o fatti di usura.*

333. *O fatti di frode, o di violenza, o di errore.*

334. *O un pagamento fatto dopo dell'atto, e che non ecceda 150 franchi.*

335. *Quid di una rimessione non eccedente questa somma?*

336. *Altri casi in cui si applica la regola.*

337. *Neanche vi sarebbe luogo a far udire il notaio ed i testimoni dell'atto, per provare contra ed oltre il suo contenuto.*

338. *Il divieto di provare per mezzo di testimoni contra ed oltre il contenuto degli atti non si applica ai terzi in frode de' cui dritti si fossero inserite nell'atto cose false.*

339. *La regola può anche ammettere eccezione tra le parti nel caso in cui vi sia un principio di pruova per iscritto.*

330. Allorchè le parti abbiano formato un atto, debbe presumersi di avervi inserito tutte le loro convenzioni, e nel modo che sono state stabilite; in conseguenza non si ammette veruna pruova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto

avanti; contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma minore di 150 franchi; art. 1541 c. c. = 1295 ll. cc. La parte deve munirsi di una controscrittura.

Or sarebbe un voler provare *contra* il contenuto nell'atto, se il debitore volesse provare una cosa dalla quale risultasse una diminuzione dei dritti che l'atto da sè stesso attribuisse al creditore, o se costui pretendesse di provare qualche cosa che gli desse un certo dritto di cui l'atto non facesse menzione, o se infine nel caso di un contratto sinallagmatico, la cosa che una delle parti volesse provare alterasse o modificasse in qualsivoglia modo i dritti dell'altro, come l'atto gli avea stabiliti.

351. Segue da ciò che se in una locazione di fondi rustici, l'atto dicesse che il conduttore sarà tenuto de' casi fortuiti preveduti ed impreveduti, e quest'ultimo pretendesse poscia di provare che nel formarsi l'affitto gli fu spiegato d'intendersi ciò solo de' casi fortuiti ordinarij, come a dire gelata, caduta dell'uva e grandine, non sarebbe ammesso a far questa pruova per mezzo di testimoni, per esimersi da un caso fortuito straordinario che fosse avvenuto; giacchè sarebbe ciò un voler provare *contra* il contenuto dell'atto, essendo i casi fortuiti *impreveduti* casi fortuiti straordinarij; art. 1773 c. c. = 1619 ll. cc.

Sarebbe eziandio un voler provare *contra* il contenuto dell'atto, se colui al quale si è rilasciato per cagion di mutuo una obbliganza di 200 fran.,

per esempio, senza menzione d'interessi convenuti sino al rimborso, volesse provare di esservi stata nondimeno una convenzione d'interessi di cui, per qualche particolare motivo, le parti non credettero opportuno parlare nell'obbliganza.

352. Nondimeno debbonsi fare talune osservazioni sul caso di usura; ed avvi usura oggidì, non già come anticamente, sol perchè siavi stata stipulazione d'interesse in un mutuo, ma soltanto allorchè siensi stipulati interessi ad una quantità eccedente quella stabilita dalla legge del 3 settembre 1807: il cinque per cento senza ritenuta in materia civile, ed il sei in materia di commercio.

Jousse dice che « quando si allega il fatto di « usura o di giuoco contro una promessa, si am-
« mette talvolta la pruova testimoniale; il che di-
« pende dalle diverse circostanze, e quando la pre-
« sunzione sia grave »; ed egli si rimette a tal ri-
guardo al processo verbale dell'ordinanza (del 1667),
pag. 221 e 222.

Pel caso di giuoco, l'ordinanza del 1629 lo dichiarava positivamente, coi suoi art. 138 e 140, derogando a tal riguardo alle regole ordinarie sulla pruova testimoniale, stabilita dall'ordinanza di Moulins. Parecchie decisioni giudicarono uniformemente a tale risoluzione. Noi le citiamo nel tomo. X, n.º 370, dove discutiamo la quistione, risolvendola in questo senso.

Avvi un poco più di dubbio pel caso di usura allegata. L'art. 3 della legge del 3 settembre

1807 *sulla quantità dell' interesse del danaro*, dispone, è vero, che « quando sarà provato di essersi
 « fatto il mutuo ad una quantità maggiore di quella stabilita dall' art. 1, il mutuante sarà condannato, dal tribunale innanzi a cui pende la
 « lite, a restituire questo di più, se l' abbia ricevuto, o a soffrire la deduzione sulla sorte principale del credito, e potrà anche essere rinviato, se avvi luogo, al tribunale di polizia correzionale, per esservi giudicato in conformità dell' articolo seguente (1) ». Ma questa disposizione, la quale suppone che l' azione pendente innanzi al tribunale sia meramente civile, non ispiegasi sulla natura della prova che sarà ammessa per istabilire l' usura. Stante ciò; crediamo che esso non n' escluda alcuna, e che uniformemente a ciò che era stabilito nell' antica giurisprudenza, quella per mezzo di testimoni potrà essere ammessa, se la presunzione di usura fosse grave, ed aggiungeremo se l' usura sembrasse qualche poco considerevole. È indubitato che generalmente il mutuatario, il quale ha bisogno di danaro, e che per ottenerne aderisce a tutt' ciò che gli si richiede, non è in istato di avere una prova in iscritto del fatto di usu-

(1) Così conceputo: « Chiunque sarà imputato di commettere abitualmente l' usura, verrà tradotto innanzi al tribunale correzionale, ed in caso di convincimento, condannato ad un' ammenda, che non potrà eccedere la metà de' capitali da lui dati ad usura.

« Se risulta dalla procedura di esservi stato scrocco da parte del mutuante, egli sarà condannato, oltre alla suddetta ammenda, ad una prigionia che non potrà eccedere due anni ».

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 367
ra che allega, ed in conseguenza che gli è applicabile la regola onde fu dettato l'art. 1348 c. c. = 1302 *ll. cc.*

Dippiù l'abitudine dell'usura è un delitto che si forma mediante le stesse convenzioni, e che al pari del delitto di violazione del deposito, non suppone la preesistenza di un contratto di deposito, che bisogna da principio provare, e per le vie ordinarie, a fin di stabilire il delitto: all'apposto il fatto di usura si commette cogli atti medesimi; è una frode, una specie di dolo, e secondo l'art. 1353 c. c. = 1307 *ll. cc.*, il dolo può stabilirsi per mezzo delle presunzioni che la legge rimette alla prudenza del magistrato: or siccome queste medesime presunzioni vengono da tale articolo assimilate alla pruova testimoniale, ne segue che il dolo può essere provato per mezzo di testimoni, come per mezzo di dette presunzioni, ed in linea di conseguenza, che il delitto di usura può essere provato innanzi ai tribunali correzionali colla sola pruova testimoniale, come lo giudicò la Corte di cassazione con arresto di cassazione, del 2 dicembre 1814, riferito nel Repertorio di Favard de Langlade alla parola *Usura*.

Per la medesima ragione, un semplice fatto di usura può essere provato anche per mezzo di testimoni, come lo giudicò la stessa Corte, con arresto della sezione de' ricorsi del 28 giugno 1811, riferito nel medesimo luogo. Nella specie l'atto era nondimeno autentico, ed esprimeva che la somma

era stata numerata in presenza del notaio; ma la numerazione aveva potuto essere simulata, ed il mutuuario non essendo libero, ma forzato, attesa la sua posizione, non eravi luogo a dire perciò di essere stato complice di una simulazione: erane soltanto stato vittima. Quindi fu giudicato di non essere applicabile l'art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc.

E per identità di motivi, la stessa Corte decise pure, con arresto del 3 aprile 1824, citato nel medesimo luogo, che la semplice riscossione d'interessi eccedenti il prezzo legale, costituisce il dolo e la frode, ancorchè non avesse la caratteristica di usura abituale (nel qual caso sarebbe stato un delitto); e che per riconoscerla e dichiararne gli effetti, cioè condannare il mutuante a restituire ciò che riscosse al di là dell'interesse legale, i giudici possono contentarsi di semplici presunzioni, risultanti dalle circostanze della causa, in conformità dell'art. 1355 c. c. = 1307 ll. cc.

353. Viemaggiormente i fatti di violenza o di frode (a), ed anche di errore, possono provarsi per

(a) È ammissibile la pruova testimoniale ad oggetto di assicurare il dolo, la simulazione, la frode, che si eccepiscono contro l'atto autentico. *Decis. della nostra Suprema Corte di giustizia del 2 maggio 1820 e del 26 gennaio 1824, nelle cause tra Squillacioti e Soriani, e tra Gentile e Paparo.*

Per le leggi romane l'eccezione della simulazione competeva pure agli stessi contraenti: però giusta le leggi in vigore negli affari puramente civili, tranne ciò ch'è scritto nelle leggi di eccezione per gli affari di commercio, non può tale eccezione di simulazione accordarsi ai medesimi contraenti, ma ai terzi in frode dei quali ha potuto soltanto agirsi. *Toullier, tom. 9, § 184. TRAD.*

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 369
mezzo di testimoni, abbenchè l'atto, col suo contesto, comprovasse di esser tutto avvenuto regolarmente fra le parti. A questi casi nettampoco si applica la regola che non è permesso la pruova testimoniale *contra* il contenuto dell'atto, ma quella che viene ammessa la pruova testimoniale ogni qual volta non sia stato possibile a chi la invoca, di procurarsi una pruova scritta del fatto che egli allega in sostegno della sua pretensione. Questo punto non formò giammai dubbio, e per maggior conferma puossi ricorrere, se è d'uopo, a quanto dicemmo a tal riguardo nel tomo X, intorno ai casi di violenza, di errore, di dolo e di falsa causa.

334. Allorchè siasi contratto un debito con un atto, o autentico, o privato, egli sarebbe un voler provare *contra ed oltre il contenuto dell'atto*, il chiedere di provare un pagamento fatto dopo; e deve mai ammettersi il debitore a fare questa pruova per mezzo di testimoni allorchè il pagamento non ecceda 150 franchi?

Parecchie decisioni giudicarono anticamente di dover essere ammesso a provare per mezzo di testimoni un pagamento non maggiore di 100 lire, benchè il debito fosse provato per iscritto. Puossi citar quella del 20 dicembre 1640, riferita da Bonifacio, tomo I, lib. VIII, tit. XXVII, cap. IV, e quella di agosto 1682 della Corte de' sussidj, riferita nel *Giornale del foro*, tom. II dell'edizione in folio. Boiceau, *Trattato della pruova*, parte II, cap. II, è pure di questo parere: secondo

lui, ciò non è in alcun modo provar contra ed oltre il contenuto dell'atto.

Al contrario Jousse, il quale cita tali decisioni, dice che « ciò gli sembra esser contrario all'ordinanza ». Ma gli si può dimandare dove mai esiste questa contrarietà, giacchè chi dimanda di provare il pagamento che pretende di aver fatto, riconosce tuttociò che si contiene nell'atto, ed appunto in esecuzione del medesimo egli fece tale pagamento. « L'assertiva del pagamento, dice Delvincourt, serve di sostegno al mutuo, anzi-« chè esser contrario al contenuto dell'atto. Diver-« so sarebbe se il convenuto pretendesse di non es-« serglisi mutuata la somma: in questo caso egli « vorrebbe, ma in vano, provare *contra* l'atto ».

Pothier è benanche di parere che ciò non è un provar contra il contenuto dell'atto: « Nondimeno, » egli aggiunge, io vedo che nell'uso, o per una « cattiva interpretazione dell'ordinanza, o per qual-« che altra ragione, negasi la pruova testimoniale « dei pagamenti di un debito di cui non vi è scrit-« tura ».

Quest'altra ragione è probabilmente quella che segue, cioè che colui dal quale si è richiesta una scrittura non dev'essere facilmente presunto di pagare senza farsi restituire il titolo, se il debito sia soddisfatto per intero, ovvero una quietanza, o sul titolo, o con atto separato, qualora non lo sia totalmente. Ma puossi rispondere di accadere spesso che si fa un pagamento in fiera o in mercato, o

in ogni altra particolare circostanza, in cui il creditore non ha addosso il suo titolo, ed allorchè pure non era agevole il fare in tal momento una quietanza avanti notaio, se il creditore non sapeva scrivere, ed anche sotto firma privata, abbenchè lo sapesse: ciò vedesi ogni giorno.

Nondimeno Potlier agita la quistione sol pel caso in cui il debito provato per iscritto, ed il cui pagamento sia di poi fatto innanzi a testimoni, non ecceda 100 lire: « Colui il quale, egli dice, sia
« con un atto debitore di una somma *minore* di 100
« lire, può mai essere ammesso a provare per mezzo
« di testimoni il pagamento di questo debito, o di
« parte di esso? Sembra di sì, ec. ». Donde parrebbe che, secondo quell'autore, il debitore non dovrebbe essere ammesso alla pruova testimoniale, se il debito fosse maggiore di 100 lire. Ma se tale fosse la sua opinione, noi non sapremmo uniformarci; non deesi fare alcuna distinzione a tal riguardo, e Boiceau non ne faceva. Jousse nettampoco indica che le sopraccitate decisioni abbiano dovuto giudicare in ispecie in cui il debito provato per iscritto non eccedeva 100 lire. Chechè ne sia, ne sembra indubitato che un pagamento, benchè il debito fosse maggiore di 150 franchi, debba esser tale da potersi provare per mezzo di testimoni sino a 150 franchi. Ed in effetti la legge non prescrive di formare un atto per *ogni cosa*, ed in conseguenza pei pagamenti come per le convenzioni ed obbligazioni, se non quando il valore ecceda questa somma.

Nettampoco è voler provare ciocchè fosse allegato *essere stato detto dopo l'atto*, poichè si tratta non di un *detto* che avrebbe avuto per oggetto di alterare la convenzione nei suoi effetti, ma di un *fatto*, il quale al contrario suppone la ricognizione nel suo intero di questa medesima convenzione, di cui tale pagamento è l'esecuzione, in tutto o in parte.

335. Avvi maggior dubbio circa ad una rimessione, giacchè si può dire che se la pruova non è contra ed oltre il contenuto dell'atto, nè sopra ciò che fosse stato detto prima o in tempo dell'atto, è almeno su ciò che *fosse stato detto dopo l'atto*; e l'art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc. l'esclude anche per questo caso. Nondimeno nel tomo precedente, n.º 360, dichiarammo che la pruova testimoniale di una rimessione non eccedente 150 franchi, può ed anche debbe ammettersi, tuttochè il debito fosse provato per iscritto; che ciò non è un contravvenire alla disposizione finale del detto art. 1341.

In effetti il divieto di questa pruova è stabilito affinchè uno de' contraenti con le sue deduzioni non impugnì la convenzione in qualche parte: or nel caso di una semplice rimessione, il debitore a cui è stata fatta non dimanda di provare qualche cosa che contraddicesse direttamente o indirettamente questa medesima convenzione, che ne alterasse in modo qualunque le disposizioni; vuole soltanto provare un fatto che n'è indipendente, e che in nulla ne al-

tera l'oggetto; un fatto che ne suppone al contrario l'esistenza, tal quale la provava l'atto, in somma un mezzo di liberazione al pari di un pagamento, di una compensazione, della perdita della cosa dovuta. Non puossi applicare a questo caso ciocchè si disse più sopra, che quando le parti abbiano formato un atto, si reputa di esservi da esse inserite tutte le loro convenzioni, giacchè essa non n'è una che avesse per oggetto di modificare quelle le quali si conteneano nell'atto; è una cosa diversa. Quando trattasi di una modificazione apportata ad una convenzione comprovata con un atto, la parte che la stipula deve naturalmente riscuoterne una pruova per iscritto; ma quando sia una semplice rimessione gratuita fatta dopo l'atto, questa parte non potrebbe dimandarne una pruova scritta al suo creditore senza temere di lederlo, e senza temere per questo stesso motivo che non vi si rifiutasse. La rimessione può altronde essersi operata in circostanze nelle quali costui non poteva allora farne menzione sul titolo, giacchè non l'aveva in tal momento fra le sue mani, nè dare una liberazione per mezzo di atto; e se la neghi di poi, o se essendo morto, i suoi eredi non vogliano riconoscerla, ci sembra che debba esser lecito di provarla per mezzo di testimoni sino alla concorrenza di 150 franchi. Del resto indipendentemente dalla facoltà di far interrogare il creditore sopra fatti e loro circostanze, il debitore potrebbe senz'alcun dubbio deferire a lui il giuramento sul fatto della

574 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
rimessione, ed ai suoi eredi sul punto di conoscersi se mai sia a loro notizia.

336. Un debitore non sarebbe ammesso a provare per mezzo di testimoni di esserglisi accordata colla convenzione una dilazione che non fu menzionata nell'atto, o di essergliesene concessa una più lunga di quella che vi si trova menzionata.

Niuna delle parti sarebbe ammessa a provare in tal maniera di essersi convenuto un certo luogo per lo pagamento, se l'atto nulla ne dicesse. Imperebbero a tal riguardo le regole generali stabilite dall'art. 1247 c. c. = 1200 ll. cc.

Sarebbe pure un voler provare *oltre* il contenuto dell'atto, se colui il quale diè un fondo a locazione, o a coltura con metà de' frutti, dimandasse di provare per mezzo di testimoni che il fittaiuolo, o il colono parziario o massajo, siasi obbligato di dargli in ciascun anno dell'affitto una certa prestazione di cui non si parlò nel contratto di affitto: come 20 libbre di burro, 12 capponi ec. Ed avverrebbe così quando anche queste cose fossero menzionate in margine o in fine del contratto autentico di affitto, di pugno stesso del notaio, se non ne fosse postillata la menzione anche dal fittaiuolo o colono parziario; giacchè non si reputerebbe che questa menzione faccia parte dell'atto: ma si presumerebbe di essere stata messa posteriormente. Era questo il parere di Danty sopra Boiceau, e di Pothier.

Ma qualora si trovasse sul duplicato del condut-

tore, nel caso in cui la locazione fosse avvenuta in iscrittura privata, farebbe pruova contro di lui, quando anche non fosse di suo pugno, e non si trovasse ripetuta sul duplicato del locatore; giacchè egli non ve l'avrebbe posta o lasciata porre, se la cosa non fosse stata convenuta; salvo, nel caso in cui non fosse di sua mano, la pruova della sorpresa o della frode da parte del locatore, nell'ipotesi in cui questo duplicato, per qualche particolare circostanza, fosse stato in suo possesso.

337. Essendo vietata la pruova testimoniale contra ed oltre il contenuto dell'atto, risulta da ciò che una parte non sarebbe ammessa a far udire il notaio che lo rogò, nè i testimoni che assistettero (a) alla sua rogazione, sia per deporre sopra una

(1) Toullier poi (*tom. 9, n. 309 a 314, edizione di Parigi 1821*) rapporta le opinioni pro e contra ed i diversi arresti pronunciati sulla quistione se possansi sentire come testimonj nella pruova quei che anche nella qualità di testimonj sottoscrissero l'atto. Porta egli opinione affermativa non solo sul caso del giudizio di falso, ma pure pel caso di dolo o frode, ed in appoggio allega l'opinione di Boemero (*Exercitationes ad Pandectas., Exercit. 64, ad lib. 22 tit. 11 de collisione testium et documentorum inter se, cap. 11 num. 16*), del Cancelliere d'Aguesseau, *tom. 9 p. 116 e 120*, e di Fabro, in *Cod. ad leg. Corneliam de falsis, defin. 3*. Il nostro Cirillo (*nelle Allegazioni, tom. 1 pag. 258 a 259 num. 34*) coll' autorità di decisioni della ruota Romana sostiene che i testimoni della sottoscrizione del testamento possono sentirsi per le nullità del testamento medesimo quando non trattasi d'impugnare il fatto del loro intervento e della loro sottoscrizione, ma il modo come queste solennità sianzi adempite. E la gran Corte civile di Napoli, nella quarta camera provvisoria, con decisione dei 6 febbrajo 1835 tra *Berardini e Berardini* ritenne le deposizioni di alcuni testimonj, che versavano sul dolo pel quale vennero annullate due donazioni, comunque essi nella qualità pure di testimonj avevano sottoscritto le dette donazioni. TRAD.

data convenzione, che per qualche particolare motivo non si fosse creduto opportuno, secondo essa, d'insertire nell'atto, sia per ispiegare il senso convenuto delle clausole che vi si trovano racchiuse. Domat., part. I, lib. III, tit. VI, sez. 2, n.º 7, e Pothier, opinano così. Incumbe ai giudici l'interpretare le clausole oscure o dubbiose degli atti, secondo le regole che vengono loro indicate a tale effetto dalla legge, e che noi già spiegammo nel tomo X.

338. Il divieto della pruova testimoniale contra ed oltre il contenuto degli atti, si applica soltanto a coloro che vi furono parti, ed ai loro eredi o aventi causa, giacchè debbono attribuire a loro colpa di avervi lasciato comprendere ciocchè vi si trova scritto, e di non essersi fatto dare una controscrittura, o di aver omesso qualche cosa che doveva esservi compreso; ma questa proibizione non può riguardare i terzi, in frode de'cui dritti si fossero inserite negli atti cose contrarie alla verità di ciò che avvenne; giacchè non dipese da essi lo avere una pruova scritta della verità de' fatti.

Ecco perchè se in un atto di cessione dei diritti di un erede a taluno non idoneo a succedere, le parti avessero dichiarato un prezzo eccedente il prezzo effettivo, colla mira d'impedire che un coerede si prevalessesse delle facoltà di escludere dalla divisione il cessionario, mediante il rimborso del prezzo della cessione, in conformità dell'art. 841 c. c. = 760 ll. cc., non vi sarebbe alcun ostacolo per

questo coerede a provare col mezzo di testimoni che il prezzo sia soltanto della tale somma, e non di quella espressa nell'atto. Avverrebbe lo stesso nel caso preveduto dall'art. 1699 c. c. = 1545 ll. cc. Così pure opina Pothier per tutti i casi di ricupero.

339. La regola di non ammettersi la pruova testimoniale contra ed oltre il contenuto degli atti, nè sopra ciò che fosse allegato di essersi detto prima, contemporaneamente o dopo degli atti, soffre una eccezione in virtù dell'art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc., pel caso in cui vi sia un principio di pruova scritturale; giacchè questo articolo dice che « *le regole esposte di sopra ammettono eccezione, quando esiste un principio di pruova scritturale* ». Or quella di cui trattasi è una di queste regole, è anche la prima dopo quella che prescrive la necessità degli atti per ogni cosa eccedente il valore di 150 franchi; adunque si trova compresa in questa eccezione: la conseguenza è innegabile (1).

Nondimeno se il principio di pruova scritturale si riferisse ad un'epoca anteriore a quella in cui l'atto fu stipulato, o abbia la medesima data, potrebbe credersi che le parti non vi ebbero alcun riguardo, e non dovrebbe generalmente servire a far ammettere la pruova testimoniale contra ed oltre il contenuto dell'atto, nè per provare con questa via ciò che si fosse detto prima dell'atto o con-

(1) Tanto noi già dicemmo nel tomo X, n.º 357.

378 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
temporaneamente , senza pregiudizio del caso in cui
questo atto fosse impugnato per falsa causa , o per
errore o dolo.

§ III.

Eccezioni alle suddette regole.

SOMMARIO.

340. *La regola generale di non ammettersi la pruova testimoniale per un valore eccedente 150 franchi , soffre eccezione in materia di commercio.*

341. *Come debba intendersi a tal riguardo l' art. 109 c. com.*

342. *Essa ammette anche eccezione quando esista un principio di pruova scritturale , e che mai s'intenda per principio di pruova scritturale.*

343. *Atti che possono eziandio servire come principio di pruova scritturale , benchè non siano di pugno di colui al quale vengono opposti , nè di quello del suo autore.*

344. *Il giudice in generale ha un potere discrezionale per estimare se un atto renda verisimile il fatto allegato , ed in conseguenza se debba oppur no ammetterlo come principio di pruova scritturale.*

345. *Esempio di un atto idoneo a servire come principio di pruova scritturale.*

346. *Altro esempio.*

347. *Altro esempio.*

348. *Il biglietto firmato da un minore non è un principio per iscritto del buono impiego del danaro.*

349. *Caso in cui si giudicò di esservi principio di pruova per iscritto , ed in cui ciò potrebbe esser dubbioso in generale.*

350. *Una quietanza non firmata , scritta di pugno del creditore , e che si trova in possesso del debitore , forma generalmente un principio di pruova per iscritto.*

351. *Un atto emanato da un terzo non può , tranne i casi espressi dalla legge , servire come principio di pruova scritturale.*

352. *L' atto autentico nullo anche come scrittura privata , non*

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 379

può servire come principio di pruova scritturale, ad effetto eziandio di poter fare udire come testimone il notaio che lo rogò ed i testimoni istrumentarj.

353. I tribunali possono, secondo le circostanze della causa, scorgere un principio di pruova scritturale nel biglietto o nella promessa unilaterale, non fatta secondo il prescritto dell'art. 1326 c. c.

354. Un atto che non esprime la causa del debito può anche servire come principio di pruova scritturale.

355. Testo dell' art. 1348 c. c., circa ai diversi casi in cui si ammette la pruova testimoniale benchè si tratti di più di 150 franchi.

356. È ammessa nei casi del quasicontratto di gestione di affari; o di amministrazione di una cosa comune.

357. Modificazione nondimeno pel caso in cui l'affare disimpegnato senza mandato, lo fu sotto gli occhi del padrone, ovvero, trattato in sua assenza, era a sua notizia e poteva egli richiedere un atto.

358. Chi pretende di aver fatto in modo indebito un pagamento, di cui dimanda la restituzione, deve provarlo secondo le regole ordinarie sulle pruove, benchè vi sia nondimeno quasicontratto anche in tal caso.

359. Gli errori commessi nell' esecuzione de' contratti possono generalmente provarsi per mezzo di testimoni, benchè l'indennità dimandata a tal riguardo ascendesse a più di 150 fr.

360. I fatti di possesso si provano anche per mezzo di testimoni.

361. In taluni casi lo stato delle persone può anche provarsi per mezzo di testimoni.

362. I delitti e quasidelitti si provano similmente con testimoni.

363. Come pure i fatti di cattivo trattamento fra marito e moglie, sui quali son basate le dimande di separazione personale.

364. La pruova testimoniale è ammessa anche al di là di 150 franchi nei casi di depositi necessarj, o fatti dai viaggiatori nelle locande, il tutto secondo lo stato e la qualità delle persone.

365. Continuazione.

366. Del resto bisogna che il viaggiatore i cui effetti si son perduti, rubati o deteriorati, non abbia a rimproverarsi colpa alcuna.

367. La pruova testimoniale è ammessa pure al di là di 150 franchi per stabilire le azioni contratte in casi di accidenti impreveduti, in cui riuscì impossibile alle parti di fare un atto.

368. Nonchè in quelli in cui la parte abbia perduto i suoi titoli o quietanze per effetto di un avvenimento impreveduto, e risultante da forza irresistibile.

580 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

569. *Ed in quello in cui io abbia perduto o mi sia stata rubata una cosa mobile che rivendico fra tre anni dal giorno della perdita o del furto.*

ART. I.

Eccezione in materia di commercio.

340. Una prima eccezione alle suddette regole, è in materia di commercio: « Tuttociò, dice lo stesso art. 1341 c. c. = 1295 ll. cc., non derogava a ciò che è prescritto nelle leggi riguardanti il commercio ».

E l'art. 109 c. com. = 108 ll. ecc. com. dispone che « le compre e vendite si provano..... con la pruova testimoniale, nei casi in cui il tribunale crederà di doverla ammettere ».

341. Il che purtuttavolta non vuol dire che il tribunale potrebbe negarsi ad ammettere la pruova nei casi in cui il valore della cosa non eccedesse 150 fr., ma soltanto che potrebbe ammetterla o rigettarla, secondo le circostanze, in quelli in cui questo valore eccedesse tale somma. Ed in fatti è chiaro che se le leggi sul commercio modificano il diritto civile, è per estensione della facoltà accordata di accogliere la pruova testimoniale, e non per restringere la facoltà che appartiene ad ogni parte secondo il diritto comune. « Senza fare alcuna innovazione per tale riguardo in ciò che si osserva nella giustizia dei giudici e nei consoli de' mercatanti », diceva l'art. 2 del tit. 20 dell'ordinan-

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 381
za del 1667, giacchè generalmente quella di Moulins non erasi applicata alle materie commerciali. Or prima di questa, la pruova testimoniale in ogni materia era di dritto comune.

Nondimeno circa ai contratti di noleggio, di contratto a cambio marittimo e di assicurazione, *V.* cioè si è detto più sopra n.º 305.

ART. II.

Eccezione quando vi sia un principio di pruova scritturale.

342. Una seconda eccezione è quella stabilita dall'art. 1347 c. c. = 1301 ll. cc. così espresso:

« Le regole esposte di sopra ammettono eccezione, « quando esiste un principio di pruova scritturale.

« Si ha per tale qualunque scrittura che derivi « o da colui contro al quale si propone la dimanda, o da quello ch'egli rappresenta, e che rende verisimile il fatto allegato ».

Queste parole « da colui contro il quale si propone la dimanda », debbono nondimeno intendersi non della dimanda principale, ma della dimanda tendente alla pruova; giacchè è chiaro che se il convenuto, per esempio, voglia provare un pagamento per mezzo di testimoni, mediante un principio di pruova scritturale, l'atto che glielo somministrerà dovrà al contrario emanare (a) dall'atto-

(a) Nella decisione degli 11 novembre 1835 della gran Corte civile

re, o da quello che egli rappresenta. Bisogna che l'atto derivi da colui al quale viene opposto, o dal suo autore, giacchè soltanto con ciò potrà egli rendere verisimile il fatto allegato. Se derivasse da un terzo o dall'attore, non proverebbe cosa alcuna: nel primo caso sarebbe tutto al più la testimonianza di un terzo, ed una testimonianza fatta senza le garanzie richieste dalla legge; e nel secondo caso sarebbe meno ancora, attesochè niuno può formare un titolo a sè medesimo.

343. Nondimeno gli art. 1520, 1555, n.ⁱ 2 e 3 e 1556 c. c. = 1274, 1289 n.ⁱ 2 e 3 e 1290 ll. cc., ci offrono esempj di atti i quali possono, ed anche generalmente debbono servire come principio di pruova scritta, benchè non derivino evidentemente da colui al quale vengono opposti come tali, nè dal suo autore; ma questi sono casi di eccezione (a).

344. Ed oltre la condizione che l'atto per massima dee dipendere da colui al quale viene opposto, o dal suo autore, è lasciato anche alla prudenza del giudice il vedere se l'atto presentato come prin-

di Napoli tra *Balsamo e Pennino*, pronunciata in grado di rinvio, si stabilì esser necessario, per darsi luogo a principio di pruova scritta, che la scrittura sia stesa da colui contro al quale si propone la domanda di pruova per testimonj, o da quello che lo rappresenta. Quindi si ritenne, che una fede di credito in testa di Balsamo, da costui consegnata a Pennino non poteva a favore di questo ultimo essere invocata come principio di pruova scritta onde comprovarsi con testimoni un contratto di cessione di credito convenuto per la somma racchiusa nella detta fede di credito. *TRAD.*

(a) Questi casi si contengono anche negli art. 1279, 1280 e 245 delle nostre Leggi civili. *TRAD.*

cipio di pruova scritturale, riunisca le caratteristiche che debbono farlo ammettere come tale: se renda *verisimile* il fatto allegato; cosicchè la sua sentenza a questo riguardo potrebbe essere riformata in grado di appello come un *mal giudicato*, ma generalmente sfuggerebbe alla censura della Corte di cassazione.

E, come lo abbiam detto più sopra, n.º 189, questa Corte lo decise anche in siffatto modo, per massima, col suo arresto del 30 aprile 1807, per ogni atto invocato come tale, il che in conseguenza si applicherebbe eziandio a quelli che la legge in talune sue disposizioni dichiara di *poter* servire come principio di pruova scritta.

A tal riguardo noi modifichiamo il parere che avevamo emesso nel n.º 1403 (tomo IV) del nostro *Trattato de' contratti*, dove dicevamo in modo troppo generale che quando la legge con una speciale disposizione abbia diffinito le caratteristiche di un atto perchè possa valere come principio di pruova scritturale, non dipende dal magistrato il rigettarlo, senza esporre a censura la sua sentenza; ed arrecavamo a tal proposito l'esempio del principio di pruova scritturale che può risultare dal concorso delle circostanze prevedute nell' art. 1336 c. c. = 1290 ll. cc. Ma indebitamente noi dicevamo che la trascrizione di un atto nei registri pubblici, con la riunione delle due circostanze o condizioni espresse in questo articolo, *formi* un principio di pruova scritturale; giacchè siffatto articolo dice sem-

plicemente che la trascrizione, con le sue circostanze riunite, non potrà servire *se non per principio di pruova scritturale*; lo che è ben diverso.

Nei sopradetti art. 1320 e 1335 n.º 2 e 3 la legge dice pure che l'atto *non potrà servire se non per principio di pruova scritta*, e non che *servirà per principio di pruova scritta*: donde sembra risultare di esser questo un punto rimesso alla saviezza del magistrato, giacchè in effetti le circostanze della causa posson esser tali che l'atto non presenti le caratteristiche che rendono verisimile il fatto allegato; ed è questa una condizione essenziale, è anche l'unica condizione in sostanza perchè un atto debb' essere ammesso come principio di pruova: per cui bisogna generalmente a tal uopo che derivi da colui al quale vien opposto, o dal suo autore.

345. È impossibile di prevedere tutti i casi in cui un atto può servire per principio di pruova, giacchè le circostanze variano all' infinito. Ci limiteremo a riferire taluni esempj, secondo Boiceau, Danty suo comentatore, e Pothier, facendo le osservazioni che ci sembreranno utili.

« Voi mi citate, dice Boiceau, per lo rilascio di un fondo di cui sono in possesso: io oppongo che me lo avete venduto, e che ve ne ho pagato il prezzo. Io non ho altra pruova che una scrittura firmata da voi, colla quale mi avete promesso di vendermelo per un certo prezzo; questo atto non prova la vendita, e vie meno il pagamento del prez-

zo ; ma unito al possesso in cui mi trovo del fondo, forma un principio di pruova bastante per farmi ammettere alla pruova testimoniale della vendita ». (Boiceau , II , 10).

In effetti la promessa di vendita vale per vendita , e noi abbiamo già veduto , n.º 147 , che può esservi valida promessa di vendere o di comprare , senza reciprocanza , nel qual caso non è necessario che la scrittura privata sia fatta in doppio originale. Ma ammettendo che si dovesse considerare quella di cui trattasi come producente reciprocanza , l'esecuzione datavi colla tradizione che mi è stata fatta del possesso, sana, secondo si è veduto più sopra (n.º 160 e 161), il vizio risultante dacchè l'atto si fosse fatto in un solo originale , o , il che si riduce generalmente allo stesso , la mancanza di menzione del numero degli originali che si sarebbero dovuto fare , talmentechè non si tratta se non della pruova della convenzione, e, come lo dice Boiceau, questo atto unito al possesso in cui io sono del fondo , forma un principio di pruova bastante per farmi ammettere alla pruova testimoniale della vendita , giacchè la rende verisimile.

Ma rende mai verisimile il pagamento del prezzo , in modo che io possa servirmene come principio di pruova scritturale per provarlo anche con testimoni? Boiceau non ispiegasi intorno a ciò , e crediamo che debba prevalere la negativa. Il pagamento del prezzo , soprattutto nelle vendite di stabili , è generalmente un fatto distinto da quello della ven-

dita, un fatto dalla vendita non supposto necessariamente, un fatto in generale posteriore, il quale per conseguenza ha bisogno anch'esso di essere provato: or l'atto contenente promessa di vendere non rende verisimile questo pagamento; non ne esclude senza dubbio la supposizione, ma nettampoco la contiene virtualmente, giacchè potea accordarsi un termine al compratore.

346. Ecco il secondo esempio arrecato da Boiceau: Io ti domando 200 lire per prezzo di talune mercanzie che ti ho consegnato, e non ho altra pruova che il tuo biglietto, il quale dice: *Prometto di pagare ad un tale la somma di 200 lire per prezzo delle tali mercanzie che mi consegnerà.* Non è questa una pruova completa del mio credito, poichè il biglietto non prova che ho consegnato le mercanzie; ma è un principio di pruova che deve farmi ammettere alla pruova testimoniale della tradizione. È questo pure il parere di Danty.

347. Presentiamo un terzo caso: Tu mi hai diretta una lettera colla quale mi preghi di sborsare alla tale persona, per esempio a tuo figlio, possessore della presente, una somma di 300 franchi: io ho omesso di farmi rilasciare da lui una ricevuta, ma ho numerata la somma innanzi a testimoni, ed ho conservato la lettera. Citato per lo pagamento, tu neghi di dovermi la somma: non v'è dubbio che la lettera non fa pruova completa di averla io sborsata, ma rende verisimile questo

fatto, e deve farmi ammettere alla pruova testimoniale.

Se io non avessi potuto o voluto sborsare la somma alla persona indicata, e questa persona si fosse diretta ad un terzo, la lettera sarebbe per costui una pruova meno grave di quel che sarebbe stata per me, se l'avessi serbata; nondimeno renderebbe ancora verisimile il fatto allegato dal terzo, e dovrebbe in conseguenza farlo ammettere alla pruova testimoniale di avere sborsato la somma; Danty, II, 2, II.

Se la persona a cui fu sborsata dovesse soddisfarmela a volta sua, per aver tu mancato, dice Pothier, di fartene rilasciare ricevuta, non dovresti essere ammesso alla pruova testimoniale contro di me, attesochè accordandoti di aver tu sborsata la somma, non potresti essere ammesso a dimandarne il pagamento, per aver trascurato di procurarti una pruova scritta che mi era necessaria per poterla ripetere. Ma ben si vede che la quistione se tu hai dovuto reputare che tale persona dovesse di poi soddisfarmi la somma, dipenderebbe dalle circostanze della causa, specialmente dalle relazioni che esistevano tra esse e me: sarebbe questa una semplice quistione di responsabilità delle colpe in materia di mandato, perchè in fatti si tratterebbe di un vero mandato.

348. Danty (2, 4, 3) dice: Se io ho mutuato una somma ad un minore, della quale gli chieggo poi il pagamento, pretendendo di essere

ridondata a suo favore, il biglietto che ho di lui, benchè regolarmente fatto, non debb'essere un principio di pruova bastante per farmi ammettere alla pruova testimoniale di aver egli utilmente impiegata la somma, giacchè ciò sarebbe un render facile agli usurai di dar danaro in prestito ai minori e di ripeterlo, supponendo falsi testimoni che deporrebbero dell'impiego.

A questa ragione, la quale è buonissima, puossi aggiungere che il biglietto proverebbe soltanto il mutuo, almeno generalmente, e non già l'impiego del danaro, il quale è un fatto susseguente: or nella specie non basta che il mutuo sia provato, nè altronde è negato; ma bisogna pure che il mutuante giustifichi il buon impiego della somma da lui sborsata al minore, giacchè il danaro pagato ad un minore si presume dato *perdituro* (art. 1312 c. c. = 1266 ll. cc.); ed il biglietto non rendendo anche verisimile questo buono impiego, non può servire come principio di pruova scritta.

549. Lo stesso autore cita una decisione, riferita da Chassanée, la quale giudicò che uno scritto così conceputo: *Io vi soddisferò sopra ciò che sapete*, era un principio di pruova scritta, bastante a far ammettere la pruova testimoniale, sulla dimanda per restituzione di un deposito di una somma di 1000 lire, che l'attore pretendeva di aver fatto tra le mani dell'autore di questa scrittura.

Non puossi dire al certo che la decisione sia stata bene o mal profferita, giacchè il grado di forza di

uno scritto presentato come principio di pruova è rimesso alla prudenza del magistrato, il quale lo estima secondo le circostanze della causa, ed il quale vede perciò se tale scrittura renda *verisimile* il fatto allegato. Altronde se il convenuto non abbia potuto dare alcuna soddisfacente spiegazione della causa del suddetto scritto, i giudici dovettero naturalmente essere indotti a credere che esso si riferiva in effetti alla cosa dimandata. Ma quel che deesi dire, si è che se la somma dimandata fosse assai considerevole, il che si estimerebbe eziandio in ragione dello stato delle parti e delle sostanze dell'attore, il giudice non dovrebbe troppo facilmente aver riguardo ad uno scritto concepito in termini così vaghi per ammettere la pruova testimoniale, soprattutto se il convenuto ne spiegasse con verisimiglianza la cagione, come essendo di un debito che fu soddisfatto, senza che abbia curato di riprendere la lettera o altro scritto, in cui si trovassero queste parole: *Vi soddisferò sopra ciò che sapete*, o come essendo di un debito che confesserebbe di esistere ancora, ma di un valore meno considerevole di quello di cui gli si dimandasse il pagamento.

350. Viemaggiormente una quietanza scritta di pugno del creditore, non firmata (1), che il debitore tiene in suo possesso, è un principio di pruova per iscritto del pagamento, e deve far ammet-

(1) Imperocchè se fosse firmata, farebbe piena pruova.

tere la pruova testimoniale; Danty, 11, 1, 7. Ma bisogna a tal uopo, dice quell'autore, che il debito in cui soddisfazione è fatto il pagamento sia espresso in tale quietanza: una ricevuta vaga, non firmata, non formerebbe anche un principio di pruova scritta.

Nulladimeno, come più sopra si è veduto (1), se la quietanza, benchè non firmata, fosse scritta nel giornale del creditore, ovvero in dorso, in margine o a piè della promessa, oppure in dorso, in margine, o a piè di una quietanza regolare che si trovasse in potere del debitore, farebbe anche pruova completa.

551. Secondo le regole da noi esposte, il principio di pruova scritturale non può risultare, tranne i casi eccettuati dalla legge, se non da un atto emanato da colui al quale viene opposto come tale, o da colui che egli rappresenta, e che rende verisimile il fatto allegato, talmente che se emani da un terzo, non può avere maggior forza di quel che avrebbe la sua deposizione come testimonio; e ne ha pure molto meno, poichè non avvalorato dalle garanzie da cui è circondato una deposizione, come il giuramento, ec. Or siccome la deposizione di un testimonio nei casi in cui la legge non ammette la pruova testimoniale, non giustificerebbe l'esame di altri testimoni; per la medesima ragione uno scritto emanato da un terzo non debb' essere di alcun

(1) N. 204 e segu., e n. 212 e segu.

Tit. III. De' contratti o delle oblig. conv. 391
riguardo per ammettere la deposizione o di questo terzo o di altre persone.

In conformità appunto di questa regola, Pothier opina che la ricognizione fatta da una vedova, anche nell'inventario della comunione, di un debito di questa comunione, non possa opporsi agli eredi del marito come un principio di pruova scritturale per la parte che loro è dimandata; che quella la quale vien fatta da uno fra gli eredi non possa opporsi ai suoi coeredi per la loro parte nel debito, ec. ec. Nondimeno Vrevin, sull'art. 54 dell'ordinanza di Moulins, riferisce una decisione che giudicò il contrario nella prima specie. Ma Pothier fa osservare che questa decisione fu profferita in un tempo in cui non ancora si era fatto l'uso alla disposizione dell'ordinanza la quale, considerata allora come contraria al dritto comune, sembrava di non poter essere troppo ristretta, almeno secondo l'opinione generale.

352. L'atto autentico, nullo per l'incompetenza o l'incapacità del pubblico uffiziale, o per un vizio di forma, e che nettampoco valga come scrittura privata, per non essersi sottoscritto da tutte le parti, se trattisi di un atto contenente convenzioni sinallagmatiche, o dalla parte sola obbligata, qualora si trattì di un'obbligazione unilaterale, non può servire come principio di pruova scritturale, anche ad effetto di autorizzare la udizione del notaio e dei testimoni istrumentarj; giacchè il notaio, nell'uno o nell'altro di questi casi, debbe conside-

rarsi come persona privata, reputandolo la legge per persona pubblica sol quando sia competente, capace, ed adempia inoltre alle formalità la cui osservanza gli è prescritta. Fuori di ciò, l'atto da lui rogato si ha generalmente come uno scritto derivante da un semplice privato, ed in conseguenza non può servire come principio di pruova scritturale tostochè non emana da colui al quale viene opposto come tale, o dal suo autore.

Se contenesse semplicemente una promessa di pagare la tale somma, o una dichiarazione di debito, e fosse sottoscritta dal debitore, farebbe piena pruova, secondo ciò che si è detto più sopra, n.º 73.

Se contenesse convenzioni sinallagmatiche, e fosse soltanto firmato da una delle parti, non varrebbe semplicemente come principio di pruova scritta, anche a favore dell'altra parte, attesochè quella che lo firmò non potrebbe prevalersene a questo titolo contro l'altra che non lo firmò. Or l'atto di cui trattasi si reputerebbe non altro che un atto privato, e giusta quanto abbiamo detto spiegando l'art. 1825 c. c. = 1671 ll. cc. (1), allorchè la scrittura privata contenente convenzioni sinallagmatiche non sia fatta in conformità delle disposizioni di questo articolo, neanche vale come principio di pruova scritta, attesochè la legge vuole uguaglianza di posizione e di mezzi di pruova in coloro i quali formano convenzioni sinallagmatiche, lo che non

(1) V. sopra, n. 164.

potrebbe dirsi se uno d'essi potesse invocare un atto idoneo a far ammettere la pruova testimoniale, mentrechè l'altro sarebbe privato di questo vantaggio.

553. Ma nel caso di una promessa unilaterale non fatta secondo il voto dell'art. 1326 c. c. = 1280 II. cc., può avvenir diversamente: l'atto, come lo abbiain detto di sopra, n.º 189, può essere ammesso, secondo le circostanze della causa, a titolo di principio di pruova scritturale. Siccome è questo un punto da noi discusso estesamente, citando diverse decisioni pro e contra tal parere, ci limiteremo qui a ritnembrarlo.

554. Infine allorchè un atto non esprima la causa del debito, non contenga tampoco la dichiarazione di *dovere* e non sia un biglietto firmato da un commerciante, la pruova che l'obbligazione abbia una causa è a carico dell'attore, secondo che fu dimostrato nel tomo X, n.º 552 e seguenti, ma anche, come si disse nel medesimo luogo, può servire almeno per principio di pruova scritturale, perchè rende verisimile il fatto allegato.

ART. III.

Allorchè non sia stato possibile al creditore di procurarsi una pruova letterale dell' obbligazione contratta verso di lui , o abbia perduto per un caso fortuito quella che aveva.

555. Questa eccezione si applica, dice l'art. 1348 c. c. = 1302 ll. cc. :

« 1.º Alle obbligazioni che nascono dai quasi contratti , e dai delitti o quasi delitti ;

« 2.º Ai depositi necessarj fatti in caso d'incendio , rovina , tumulto o naufragio ; ed a quelli fatti dai viaggiatori nelle osterie dove alloggiano : « e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto ;

« 3.º Alle obbligazioni contratte in caso di accidenti non preveduti che non permettessero di fare atti per iscritto ;

« 4.º Nel caso in cui il creditore abbia perduto il titolo che gli serviva di pruova scritta , in conseguenza di un caso fortuito , non preveduto e provvegnete da una forza irresistibile ».

Esaminiamo ciascuna di queste disposizioni in particolare.

556. *Primo caso* : Io posso provare per mezzo di testimoni che tu hai amministrato i miei beni in mia assenza , che hai fatto la messe , la vendemmia , ed in conseguenza dimandarti la restituzione

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 395
de'prodotti, o in ispecie o in danaro; posso provare
nello stesso modo che hai male amministrato, de-
gradato, o lasciato degradare la tale cosa per colpa
tua; ed in senso inverso, tu potrai provare per
mezzo di testimoni di aver fatto la tale spesa nella
tua amministrazione.

E ciò si applica pure al caso in cui una cosa sia
comune fra due o più persone, per esempio a ra-
gione di un legato che ne fu ad esse fatto, o co-
me formante parte di una eredità che loro è devo-
luta; se una di esse abbia riscosso frutti su questa
cosa, o vi abbia commesso qualche degradazione;
ovvero *vice versa*, se abbia fatto qualche spesa per
la conservazione o pel miglioramento di essa, po-
trà ugualmente ammettersi la pruova testimoniale
di tali fatti, ancorchè non vi fosse alcun principio
di pruova scritta. È questa puranche una specie di
quasi contratto, abbenchè il Codice nel titolo *delle*
Obbligazioni che si formano senza convenzione,
sembra non riconoscere che due specie di quasi
contratti, quello dell' amministrazione degli affari
altrui senza mandato, e quello risultante dal pa-
gamento fatto per errore di una cosa che non era
dovuta (1).

357. Nondimeno siccome oggidì, giusta l'art. 1372
c. c. = 1326 ll. cc., avvi ugualmente quasi con-
tratto di amministrazione di negozio, o che il pro-

(1) V. tomo X, n.º 27; nelle Instituta di Giustiniano il titolo *de*
obligat. quæ quasi ex contractu; ed Eneccio, *Elementa juris*,
hoc. tit.

prietario conosca l'amministrazione, o che la ignori (mentrechè nelle antiche regole vi sarebbe stato mandato, *mandatum tacitum*, nella prima ipotesi), importa distinguere circa alla pruova testimoniale tra il caso in cui il proprietario abbia conosciuto l'amministrazione e potuto opporvisi, ed il caso contrario: nel primo, non dovrebbe generalmente essere ammesso alla pruova testimoniale per una dimanda oltre 150 franchi, poichè non potrebbe dire che non gli è stato possibile di procurarsi una pruova scritta dell' obbligazione contratta verso di lui, sul quale motivo è basata l'eccezione che noi ora spieghiamo. E *vice versa* chi avesse amministrato neanche potrebbe pretendere la pruova testimoniale al di là di questa somma; poichè poteva procurarsi una pruova.

Ciò sarebbe ugualmente applicabile agli altri casi che hanno analogia col quasi contratto di amministrazione di negozio propriamente detto: come l'amministrazione di una cosa comune.

Del resto le circostanze del negozio potrebbero far modificare queste risoluzioni, ma esse sono vere in generale: si dovrà principalmente esaminare se la parte che conobbe l'amministrazione quando fu cominciata, perchè erane avvertita, trovavasi o pur no sul luogo dove venne fatto il negozio.

558. Dippiù, quantunque secondo il Codice stesso, il pagamento fatto per errore di una cosa che non era dovuta, sia un quasi contratto; nondimeno è chiaro che colui il quale ne dimandasse la ripeti-

zione, sul fondamento che non doveva ciocchè pagò, non potrebbe, senza principio di pruova scritta, provare per mezzo di testimoni di aver fatto un pagamento maggiore di 150 franchi; giacchè per aver pagato indebitamente, bisogna aver pagato, e dovè egli cercare una quietanza. Eragli facilissimo il procurarsi una pruova letterale del fatto che allega.

559. Circa alle colpe commesse nell'esecuzione de' contratti, esse possono generalmente provarsi per mezzo di testimoni, abbenchè l'indennità dimandata per tal riguardo fosse maggiore di 150 franchi. La più parte del tempo son de' semplici fatti di cui chi ne soffre non ha potuto avere una pruova scritta.

Così, per esempio, nel caso in cui il venditore del tale oggetto allegasse per sua liberazione che la cosa sia perita per effetto di un accidente di forza irresistibile, *puta* per effetto di un incendio, il compratore sarebbe ammesso a provare per mezzo di testimoni che l'incendio fu prodotto per colpa o per fatto del venditore.

Così pure, l'affittuale di un soccio semplice deve usare la diligenza di un buon padre di famiglia per la conservazione del bestiame dato a soccio (art. 1806 c. c. = 1652 ll. cc.): non è tenuto pei casi fortuiti se non quando siavi preceduta qualche colpa per sua parte, senza la quale non sarebbe avvenuta la perdita (art. 1807 c. c. = 1653 ll. cc.); ed in caso che nasca controversia, il fittaiuolo deve provare il caso fortuito, ed il locatore la colpa ch'egli imputa al fittaiuolo (art. 1808 c. c. = 1654 ll.

598 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

cc.): or ciascuno di essi può far la pruova per mezzo di testimoni.

360. I fatti di possesso si provano anche per mezzo di testimoni, o che si tratti di semplici azioni possessorie, o che si tratti di prescrizione della proprietà o di una servitù. Viemaggiormente le turbative di possesso possono provarsi nello stesso modo, poichè generalmente costituiscono quasi delitti, e spesso anche delitti.

361. In taluni casi lo stato delle persone può anche provarsi per mezzo di testimoni; art. 320 c. c. = 242 ll. cc. esaminato, e 323 c. c. = 245 ll. cc. V. quando fu da noi detto a tal riguardo nel titolo *della Paternità e della filiazione*, tomo III.

362. Circa ai delitti e quasi delitti, il nostro articolo è positivo: si ammette la pruova testimoniale per istabilirli, qualunque sia il valore della somma dimandata a titolo di danni ed interessi, e ciò tanto se l'azione sia istituita innanzi ai tribunali civili, quanto se il fatto siasi deferito ai tribunali criminali, correzionali, o di semplice polizia. La legge non distingue, e l'art. 3 c. ist. cr. = 5 ll. *pr. pen.* dichiara che l'azione civile può essere sperimentata innanzi ai giudici stessi e nel tempo stesso dello esercizio dell'azione pubblica; che può esserlo anche separatamente, ma che in questo caso l'esercizio n'è sospeso finchè non siasi pronunziato definitivamente sull'azione pubblica intentata prima o durante lo esercizio dell'azione civile.

363. I fatti di cattivi trattamenti tra marito e

moglie , sui quali son basate le dimande di separazione personale, possono dunque provarsi per mezzo di testimoni , poichè non dipese da chi dimanda giustificarli lo averne una pruova scritta.

364. *Il secondo caso* è quello di depositi necessarij fatti in caso d' incendio , rovina , tumulto o naufragio , e di depositi fatti dai viaggiatori nelle osterie , il tutto secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto.

La prima cosa che l'attore deve provare, se mai sia impugnata dal convenuto , è il fatto d' incendio , di rovina, di tumulto o di naufragio, e di poi che il deposito fu fatto appunto in queste medesime circostanze, che gli oggetti reclamati non potevano salvarsi altrimenti , ed in fine il deposito : giacchè per poter invocare una eccezione alla regola stabilita dalla legge , bisogna giustificare di essersi nel caso da essa medesima preveduta per questa eccezione. Ed il giudice prende pure in grandissima considerazione la qualità dell'attore , nonchè tutte le circostanze della causa. Se in fatti un uomo notoriamente cognito per trovarsi nell' indigenza o in uno stato prossimo alla povertà , o che avesse subito sequestri pochi giorni prima dell' avvenimento di cui si trattasse , pretendesse che nell' incendio della sua casa trasportò appresso il suo vicino oggetti di considerevole valore , e sproporzionati ai mezzi che in lui generalmente si supponevano , non dovrebbe ricevere ascolto nella sua dimanda tendente alla pruova testimoniale. Sarebbe vie meno degno

di meritare ascolto, se nell'incendio che ha distrutto una intera strada, la sua abitazione fosse stata colpita in ultimo luogo dalle fiamme, in modo che avesse avuto il tempo di trasportare gli oggetti che reclama presso un suo parente o amico, la cui dimora non era lontana. Convieni guardarsi perchè i tristi non procurino gl'incendj o altri disastrosi avvenimenti.

565. Si assimilano ai depositi necessarj fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio, quelli che son fatti dai viaggiatori nelle osterie giacchè in effetti un viaggiatore è obbligato di fidarsi all'oste circa agli oggetti che ha seco: non può separarsene.

Ma siccome questa ragione non è applicabile a chi ha un domicilio fisso, il quale avesse fatto un deposito fra le mani dell'oste, tale deposito sarebbe un deposito volontario, e regolato circa alla pruova, come i depositi di somigliante specie. Sotto il nome di *viaggiatori* purtuttavolta non si comprendono soltanto coloro che sono in viaggio, che vanno da un luogo ad un altro, ma si comprendono benanche le persone de'luoghi circonvicini che vanno alla città per farvi i loro affari, per esempio un giorno di fiera o di mercato, e che se ne ritornano per lo più nello stesso giorno. Essi sono ugualmente obbligati di depositare i loro cavalli, i loro tabarri, e talvolta anche sacchi di danari, per recarsi a disimpegnar più liberamente i proprj affari nella città, e non possono munirsi di una ricevuta di ciocchè lasciano nell'osteria: non è questo l'uso,

e l'oste non potrebbe bastare a rilasciare simili ricevute.

366. Del resto conviene che il viaggiatore i cui effetti siensi perduti o rubati o deteriorati, non si possa rimproverare colpa alcuna. Quindi non dee lasciarli in una corte o in una rimessa, nè in una camera aperta a tutti, dovendo al contrario consegnarli in mano di coloro che hanno incarico di riceverli: il suo cavallo al garzone di scuderia; il suo tabarro o la sua valigia al domestico di servizio, e se non prenda in fitto una camera, deve generalmente consegnare in propria mano dell'oste o di sua moglie il danaro o altra cosa preziosa che convien porre in sicurezza; imperocchè colui che pone i suoi effetti al primo luogo che trova nell'osteria, senza prevenirne il padrone della casa, o i di lui preposti, deve incolparne la sua imprudenza ed incuria. La Corte di Parigi giudicò nel 2 aprile 1811 (1), che l'albergatore non era responsabile della perdita allegata di effetti preziosi che non erano stati nè verificati nè esibiti; tanto più che nella specie eravi nella camera assegnata al viaggiatore un armadio a chiave di cui egli non aveva fatto uso.

E circa al valore effettivo del deposito preteso, è anche lasciato in facoltà del giudice il valutare la verisimiglianza, secondo la qualità dell'attore e le circostanze della causa. In effetti si crederà dif-

(1) *Sirey*, XIV, 2, 100.

facilmente che un uomo, per esempio, il quale viaggia a piedi, vestito come lo sono le persone delle infime classi del popolo, abbia consegnato all'oste oggetti di gran valore, allorchè non giustificasse di essere un semplice commessionato avente incarico di portarli alla tale persona.

Del resto gli ostieri sono responsabili del fatto de' loro domestici ed altre persone che adoperano, nonchè del fatto de' loro figli minori abitanti con essi.

Circa agl' intraprenditori di vetture pubbliche, essi sono tenuti non solo per ciò che si hanno già ricevuto nel loro bastimento o vettura, ma eziandio per ciò che loro è stato consegnato sul porto, o nel luogo di ricapito, per essere riposto nel loro bastimento o vettura; art. 1783 c. c. = 1629 ll. cc.

Dei regolamenti particolari fanno legge fra essi e gli altri cittadini; art. 1786 c. c. = 1632 ll. cc. Non è questo il momento di svilupparne le disposizioni.

367. *Terzo caso*: Quello di obbligazioni contratte in tempo di accidenti impreveduti in cui non si potè fare un atto per iscritto, indipendentemente dai depositi fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto, inondazione o naufragio, che si trovano evidentemente compresi in questo medesimo caso.

Così, un individuo perseguitato come colpevole di misfatto, e che cerca sfuggire ad un mandato di arresto, prende a prestito da taluno, al momento della sua partenza, una certa somma eccedente 150 franchi, innanzi a testimoni: se mai sulla dimanda di pagamento intentata contro di lui al suo ri-

torno, egli neghi il prestito, o se essendo morto, i suoi eredi si neghino a riconoscerlo, potrà ammettersi la pruova testimoniale.

Del pari, se immediatamente dopo la perdita di una battaglia, un ufficiale, dividendo ciò che ha con un camerata, un amico, che deve seguire altra direzione, gli dia a prestito una somma di 600 franchi, per esempio, o un cavallo, ec., ed il mutuuario sia perito nella ritirata, in somma prima di avere restituito la cosa mutuata, potrà ammettersi la pruova testimoniale sulla dimanda che verrà formata contra i suoi eredi, nel caso in cui si negassero a rimborsare il mutuo, pretendendo di non averne conoscenza. Imperocchè le circostanze nelle quali esso avvenne non permisero di fare una scrittura.

Si potrebbero facilmente moltiplicar gli esempj: questi per altro bastano; ma non bisogna perdere di mira che l'avvenimento impreveduto in cui si pretenderà che fecesi il contratto dovrà da principio provarsi, in caso di controversia, e che il giudice, come in materia di depositi fatti in caso d'incendio, di rovina, tumulto o naufragio, o fatto dai viaggiatori in una osteria, dovrà prendere in considerazione la qualità delle parti, non che tutte le circostanze del fatto; esaminare massimamente se, stante la natura di queste medesime circostanze, era oppur no possibile di fare un atto per iscritto. Tal'è lo spirito della legge.

368. *Il quarto caso è quello in cui il creditore*

abbia perduto il titolo che gli serviva di pruova letterale, o il debitore quello che gli serviva di liberazione, per effetto di un avvenimento impreveduto risultante da forza irresistibile (a): come se nell'incendio o nel saccheggio della mia casa, io abbia perduto le mie carte, fra le quali v'erano obbliganze de' miei debitori o quietanze de' miei creditori: a qualunque somma possano ascendere tali obbliganze o quietanze, io dovrei essere ammesso a far udire de' testimoni i quali deporranno di averle vedute tra le mie mani prima dell'incendio o del saccheggio, averne letto il contenuto, avervi riconosciuta la firma de' miei debitori o de' miei creditori, e ben ricordarsi del tenore di questi atti.

36g. Pei medesimi motivi, se io abbia perduto una cosa mobile, o se questa cosa mi sia stata rubata, per isperimentare contra un terzo l'azione di rivendicazione che mi compete per tre anni in questi casi (art. 2279 c. c. = 2185 ll. cc.), posso provare per mezzo di testimoni il fatto della perdita o del furto; ma coll'obbligazione espressa nell'art. 2280 c. c. = 2186 ll. cc.

(a) Quando il titolo siasi involato o distrutto dalla parte che avea interesse a tale involamento o distruzione, si presume che questo titolo sia rivestito di tutte le solennità volute dalla legge atte a fargli produrre l'intero suo effetto: Decis. della 1.^a camera della gran Corte civile di Napoli dei 30 settembre 1836 nella causa tra *Jannelli, Ferretti e Petrone*. Si osservi Merlin nel Repertorio alle parole *prova*, sez. 2 § 3 art. 1 n.° 27, e *rivocazione di testamento*, § 4 n.° 4. TRAD.

§ IV.

Della deposizione de' testimoni, de' motivi di ripulse, e della valutazione delle deposizioni.

S O M M A R I O.

370. Come si formi la domanda tendente alla pruova testimoniale nelle cause ordinarie.

371. Che deve contenere la sentenza la quale ammette la pruova.

372. La pruova contraria è di dritto.

373. Come si procede a tal riguardo nelle cause sommarie.

374. Cause generali per cui possono essere recusati i testimoni.

375. Possono esserlo, per sospetto di parzialità, i parenti o affini nei gradi determinati dalla legge.

376. Ed il testimone erede presuntivo o donatario di una delle parti, i servi e domestici, e talune altre persone.

377. Disposizione dell'ordinanza del 1667, riguardante i servi e domestici.

378. Che mai debbasi comprendere sotto i nomi di servi e domestici.

379. In materia di separazione personale, i parenti ed affini ed i domestici delle parti non possono essere recusati per tali qualità.

380. L'avvocato o patrocinatore di una parte può essere recusato nella causa da lui difesa.

381. Avvien lo stesso del tutore di una parte.

382. Quid dell'inimicizia fra il testimone ed una parte?

383. Può essere recusato per causa di subornazione, il testimone che abbia bevuto o mangiato colla parte a di lei spese, dopo la sentenza che ha ordinato l'esame.

384. Il testimone a cui la parte abbia disteso un progetto di deposizione per iscritto convien che si possa recusare.

385. Possono essere recusati, per mancanza di buona reputazione, i condannati a pena infamante, o ad una pena correzionale per causa di furto o di scrocco, ed il testimone messo in istato di accusa.

386. E per mancanza di ragione, i mentecatti, gl'imbecilli, i furiosi.

387. Gl'individui i quali abbiano meno di quindici anni compiti

406 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

possono essere esaminati , salvo ad avere per la loro deposizione quel riguardo che di ragione.

388. *Le ripulse debbono essere proposte prima della deposizione del testimone recusato , il quale è tenuto a spiegarsi sul fatto , e debbono essere circostanziate.*

389. *Se il fatto sia controverso , può ordinarsene la pruova.*

390. *Si riceve nondimeno la deposizione anche del testimone recusato.*

391. *I testimoni sono esaminati separatamente , tanto in presenza che fuori la presenza delle parti ; formalità che precede la deposizione.*

392. *Se l' esame sia dichiarato nullo per colpa del giudice commissario , vien rinnovato a sue spese.*

393. *Se sia poi dichiarato nullo per colpa del patrocinatore o dell' usciere , non vien fatto di nuovo.*

394. *La nullità di una o più deposizioni non induce quella dell' esame.*

395. *Nè il Codice civile , nè il Codice di procedura determinano l' effetto che deve avere la pruova testimoniale sulla sentenza del magistrato.*

396. *Pur nondimeno il legislatore spiegossi formalmente a tal proposito nelle cause sottoposte al giuri , e per analogia seguesi assai generalmente la stessa regola nelle cause di polizia correzionale.*

397. *Antica giurisprudenza a questo riguardo.*

398. *Discussione della controversia se il giudice possa determinarsi mediante una sola deposizione , e se possa non avere alcun riguardo a molte.*

399. *Continuazione e risoluzione.*

400. *Ciascun fatto o ciascun credito , se ve ne sieno molti , dev' essere pienamente giustificato agli occhi del giudice.*

401. *Le spese delle deposizioni de' testimoni eccedenti il numero di cinque sullo stesso fatto , non sono ammesse in tassa.*

402. *Essendo di dritto la pruova contraria , conseguenza.*

403. *Della collisione delle testimonianze nell' antica giurisprudenza , e nel dritto attuale.*

370. Ci rimane a parlare della deposizione de' testimoni , de' motivi pei quali possono essere ricusati , e della valutazione delle deposizioni.

Primieramente i fatti che una delle parti chiede

di provare debbono essere succintamente articolati (1) per mezzo di un semplice atto di conchiusione, senz' altra scrittura o altro ricorso.

Nel termine di tre giorni debbono essere ugualmente per mezzo di un semplice atto riconosciuti o negati: altrimenti potranno aversi per confessati o verificati; art. 252 c. pr. = 347 *ll. pr. civ.*

Quando i fatti sono ammessibili, se avviene che sieno negati, è la legge non ne proibisca la pruova, può (2) questa essere ordinata; 253 *ibid.* = 348 *ibid.*

Parimenti il tribunale può ordinare di ufficio la pruova de' fatti che gli sembrassero concludenti, se pure la legge non lo vieta; art. 254 *ibid.* = 349 *ibid.*

571. La sentenza che ordina la pruova dee contenere:

1.º I fatti da provarsi;

2.º La nomina del giudice davanti a cui sarà fatto l' esame.

Se i testimoni sono troppo lontani, sarà permes-

(1) Cioè presentati non in modo generale, ma ciascuno separatamente, *articolo per articolo*.

(2) Un arresto di rigetto del 9 novembre 1814 (*Sirey*, XV, part. 1, pag. 1) giudicò di esser questa una disposizione facoltativa pel tribunale, qualora per effetto dell'istruzione della causa abbia esso documenti bastanti a stabilire la sua opinione, ed in conseguenza che può negarsi ad autorizzare la pruova testimoniale in questo caso, abbenchè i fatti fossero ammessibili, pertinenti, concludenti, e la legge non ne vietasse la pruova. Si son prese per fondamento le parole, *potrà questa (la pruova) essere ordinata*. Nulladimeno bisogna badare che questo rifiuto non degeneri, in qualche modo, in denegata giustizia.

so di ordinare che l'esame sarà fatto davanti un giudice che si destinerà da un tribunale prescelto a quest'oggetto ; art. 255 *ibid.* = 350 *ibid.*

372. La pruova contraria è di dritto : la pruova dell'attore e quella del reo debbono cominciarsi ed ultimarsi fra i termini fissati dagli articoli seguenti ; art. 256 *ibid.* = 351 *ibid.*

373. Tali sono le principali disposizioni del Codice di procedura per giungere all'esame de' testimoni nelle materie non sommarie o ordinarie.

Vien disteso processo verbale degli esami ; art. 259 *ibid.* = 354 *ibid.*

Al contrario nelle materie sommarie la sentenza che ordina l'esame de' testimoni contiene anche i fatti da provarsi, senza che vi sia bisogno di articolarsi preventivamente, e fissa il giorno e l'ora in cui i testimoni saranno ascoltati all'udienza (art. 407 *ibid.* = 500 *ibid.*) : e quando la sentenza in merito è inappellabile, non deve formarsi processo verbale dell'esame; soltanto vien fatta menzione nella sentenza dei nomi de' testimoni e del risultamento delle loro deposizioni ; art. 410 *ibid.* = 503 *ibid.*

Gli articoli seguenti indicano le altre formalità da osservarsi nelle cause sommarie.

374. Circa ai motivi pei quali i testimoni possono essere recusati, sono i seguenti, ed in generale si contengono nell'una o nell'altra di queste circostanze: il sospetto di parzialità, il sospetto di subornazione, la mancanza di buona reputazione, e la mancanza di ragione.

375. Quindi possono essere recusati, *per sospetto di parzialità*, i parenti o affini dell'una o dell'altra parte, sino al grado di cugino, figlio di germano inclusivamente; i parenti ed affini dei coniugi fino allo stesso grado, se pure il coniuge sia vivo, o se la parte o il testimone ne abbia figli viventi: nel caso che il coniuge sia morto senza discendenti, possono essere recusati i parenti ed affini in linea retta, i fratelli e le sorelle, i cognati e le cognate; art. 283 *ibid.* = 378 *ibid.* (1).

Il parente o affine di una delle parti nei suddetti casi, può essere recusato sì dall'una che dall'altra: l'art. 11 del titolo XXII dell'ordinanza del 1667 disponeva: « I parenti ed affini delle
« parti sino ai figli de' cugini nati da germani in-
« clusivamente, non potranno essere testimoni in
« materia civile, per deporre in loro favore, o
« contro di essi, e le loro deposizioni saranno ri-
« gettate ». Se la parentela e l'affinità producono generalmente l'affezione, da un'altra banda si sono

(1) Questa regola purtuttavolta non è talmente assoluta, da non ricevere qualche eccezione: quindi 1.º quando si tratti di provare l'età, la morte o lo stato di qualcuno, ed i registri sieno perduti, allora debbonsi pure far esaminare i parenti; giacchè essi vengono ordinariamente chiamati agli atti di nascita, di matrimonio e di morte. *V.* la l. 16, ff. *de probat.*; *Mornac*, sulla l. 7, Cod. *de integr. rest.*; e *Jousse* sull'art. 11, tit. 22 dell'ordinanza del 1667.

Avviene lo stesso allorchè si tratti di stabilire una parentela o una affinità; *Thevenot*, sulle ordinanze, lib. 3, tit. 13, art. 5.

2.º Quando si tratti di verificare un fatto avvenuto in seno di una famiglia, del quale gli estranei potettero avere poca notizia. *Lo Prêtre*, centuria 5, cap. 119.

avuto sventuratamente infinite occasioni di osservare che gli odj surti fra parenti ed affini sono più vivi e profondi che fra tutte le altre persone: *sunt apud concordēs excitamenta charitatis*, osservava Pussort a proposito delle ripulse per motivo di parentela; *inter iratos vero incitamenta odiorum*.

E niuno può anche essere citato come testimone qualora sia consanguineo o affine in linea retta di una delle parti o del di lei coniuge, ancorchè divorziato; art. 268 *ibid.* = 363 *ibid.*

376. Possono cziandio essere ricusati per sospetti di parzialità, il testimone erede presuntivo o donatario di una delle parti, i servi e domestici, e colui che ha rilasciato certificati sui fatti relativi alla causa; art. 285 *ibid.* = 378 *ibid.* Il primo in fatti è stretto alla parte per interesse o per gratitudine; i secondi sono alla sua dipendenza, ed il terzo è impegnato per amor proprio a sostenere quel che già attestò in iscritto.

Non ci sembra purtuttavolta che queste persone si possano ricusare sì dall' una che dall' altra parte, al pari de' parenti o affini nei gradi determinati dalla legge: il motivo non è lo stesso. Quella il cui testimone è erede presuntivo, per esempio, non può allegare alcun sospetto, desunto da questa cagione contra la sua imparzialità; ed avviene lo stesso se il testimone sia suo donatario. La dipendenza del servo o domestico non può essere favorevole che al padrone; ed appunto su questa ragione, e per argomento della l. 6, ff. *de testi-*

bus, la quale dice: *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari ut testes fiant* (1), si basò il dritto di ricusare i servi o domestici. In fine la parte che abbia ottenuto certificati sopra fatti della causa non deve temer cosa alcuna da questa circostanza, salvo a lui, se la deposizione del testimone fosse contraria all'attestato rilasciato nei certificati, di far ciò osservare al giudice, affinchè la contraddizione distruggesse in tutto o in parte l'effetto di questa medesima deposizione. Nondimeno sembra che Pothier riguardasse la causa di ripulsa de' testimoni servi e domestici di una delle parti, come potendo anche essere invocata dall'altra, abbenchè meno facilmente. « Le deposizioni dei servi o domestici, dice quell'autore, sono *sopratutto* rigettate quando vengono esaminate *in favore e ad istanza de' loro padroni*: si cita a tal riguardo la l. 6, ff. *de testibus*: *Idonei non videntur testes, quibus imperari ut testes fiant* ». Jousse sull'art. 14, tit. XXII dell'ordinanza del 1667, ammetteva benissimo la deposizione del domestico o servo contra il padrone, e cita in sostegno del suo parere quello di Guy-Pape, *quest. n.º 45*.

377. Vigente l'ordinanza del 1667, rigettavasi

(1) Diciamo per *argomento*, giacchè questa legge s'intendeva della testimonianza dei figli di famiglia e degli schiavi di una parte, i quali erano sotto la sua potestà; il che non può dirsi con la medesima esattezza dei nostri servi e domestici, i quali sono persone libere, e che si trovano soltanto a nostro riguardo in una certa dipendenza.

per lo più la deposizione de' servi e domestici dell'una o dell'altra parte, ma essa non avea purtuttavolta vietato di ammetterla, come lo avea fatto riguardo a quelle de' parenti ed affini ne' gradi specificati, essendosi contentata di prescrivere che si menzionasse nella premessa di ciascuna deposizione se il testimone fosse servo o domestico delle parti: donde Pothier conchiudeva che essa dava ad intendere con ciò di lasciare alla prudenza del giudice lo avervi riguardo, se lo credesse a proposito, ed ammetterla o rigettarla secondo le diverse circostanze. Era questa pure l'interpretazione di Jousse. Ma dicendo il Codice di procedura che i servi e domestici *potranno essere ricusati*, è poi in modo generale che la deposizione del testimonio ricusato non sarà letta, qualora sia ammessa la ripulsa (art. 291 c. pr. = 385 ll. pr. civ.), cioè se ne sia ragionevole il motivo, è chiaro che oggidì i giudici non hanno più la facoltà che Pothier in loro riconoscea sotto l'ordinanza.

378. Chiamansi *servi*, dice Pothier, le persone da noi salariate per prestarci tutti i servigj che loro comandiamo di prestarci, benchè sieno incaricati principalmente di una certa specie di servizio. Si può essere così servo senza essere domestico: tali sono un giardiniere o un guardacaccia, che un uomo domiciliato in città ha nelle sue terre. Essi non sono propriamente suoi domestici, poichè non dimorano seco, per cui non hanno il suo medesimo domicilio (art. 109 c. c. = 114 ll. cc.); ma sono

suoi servi, poichè gli ha al suo salario, e può loro comandare, allorchè trovansi nella sua terra, di prestargli tutti i servizj cui possono essere idonei.

In ciò, soggiunge Pothier, queste persone differiscono da quelle colle quali noi abbiamo convenuto di farci una certa opera per una determinata somma, come sono i nostri vignaiuoli: costoro non sono propriamente nostri servi, e noi non abbiamo diritto di comandar loro, nè di richiedere da essi altra cosa se non l'opera che sono obbligati di fare. Ecco perchè nell'uso si ammette la testimonianza de' vignaiuoli di una parte.

Pothier parla qui de' vignaiuoli che lavorano la vigna a fattura, a tanto il iugero, o il lavorato; ma ciò ch'egli dice a loro riguardo sarebbe ugualmente applicabile ai vignaiuoli che coltivano mediante una porzione di frutti, coloni parziarj o massai, benchè generalmente quest'individui dimorino nel fondo; giacchè tale circostanza non li rende *domestici*, per cui non hanno lo stesso domicilio del locatore; suddetto art. 109. Essi sono piuttosto *socj* del proprietario che suoi veri *servi*; somministrano essi la loro fatica, ed egli la sua cosa; egli non può comandar loro cosa alcuna che non si riferisca alla cultura di cui si sono incaricati. Quindi non crediamo che si possano recusare per questa sola cagione.

Circa ai *domestici*, sono essi le persone che dimorano nella casa dove noi abitiamo, che mangiano il nostro pane, *quæ sunt domi*, « o che, dice

« Pothier , queste persone sieno nel tempo stesso
 « nostri servi , come sono gli staffieri , i cocchieri ,
 « i cuochi , i camerieri , i maestri di casa , ec. ;
 « o che non sieno propriamente servi , purchè noi
 « abbiamo nondimeno sopra esse qualche autorità ;
 « come sono gli apprendisti , i giovani di procura-
 « tori ec. »

379. In fatto di separazione personale , i parenti delle parti , tranne i loro figli e discendenti , non possono essere recusati dal lato della parentela , come neanche i domestici de' coniugi , in ragione di tal qualità ; ma il tribunale ha quel riguardo ch'è di ragione alle deposizioni de' parenti e de' domestici ; art. 251 c. c. *V.* ciocchè dicemmo a questo riguardo nel tomo III , dove spieghiamo questa disposizione , la quale si trova sotto la rubrica *del divorzio* , ma che si applica evidentemente pei medesimi motivi al caso di domanda di separazione personale.

380. Il dritto romano escludeva ancora , per sospetto di parzialità , la testimonianza dell'avvocato o del procuratore dell' una e dell' altra parte nella causa ; l. 25 , ff. *de testibus*. Pothier nettampoco l' ammetteva , benchè l' ordinanza del 1667 non lo spiegasse. Ma , dice quell' autore , questa testimonianza sarebbe sospetta di parzialità se fosse data in favore del cliente , e sarebbe indecente lo ammettere un avvocato o un procuratore a deporre contra il suo cliente.

381. Egli opinava puranche per gli stessi motivi

che un tutore, il quale è parte in tale qualità pel minore, non possa esser testimone nè pro nè contra di lui; e che i santesi, gli amministratori di ospizj ed altre persone simili neanche possano essere testimoni, nè pro nè contra lo stabilimento, ec.

Il Codice di procedura non dice cosa alcuna a tal riguardo, circa alle ripulse contra i testimoni, ma ne forma un motivo di ricusa de' giudici; art. 578—7.^o c. pr. = 470—7.^o ll. pr. civ. Quindi il parere di Pothier circa al tutore non dovrebbe, a parer nostro, soffrire alcun dubbio; ma per gli amministratori di stabilimenti pubblici crediamo che la quistione se debbansi ammettere le loro deposizioni, dipenderebbe dalle circostanze della causa e dall'attuale posizione della persona la cui testimonianza fosse invocata pro o contra lo stabilimento.

382. L'inimicizia tra il testimone e la parte contro cui egli è chiamato a deporre è pure un giusto motivo di sospettare della sua imparzialità, e nondimeno il Codice di procedura neanche ne parla come una causa di ripulsa. La novella 90, cap. VII, disponeva che colui il quale ha un giudizio criminale con qualcuno non può essere testimone contro di lui; ma non dichiarava lo stesso riguardo ad un giudizio civile. Pothier ammetteva la disposizione della novella, e circa ai giudizj civili diceva che non essendosi i compilatori dell'ordinanza spiegati a tal riguardo, è questa una pruova che essi intesero rimettere lo scioglimento della quistione alla prudenza dei giudici, i quali debbono de-

terminarsi secondo le circostanze, l'importanza della lite, la qualità del testimone, cc.

È evidente che se un giudizio criminale ed anche un giudizio civile con una delle parti è un giusto motivo da sospettare come parziale un giudice, e basta per farlo ricusare, ciò deve ugualmente bastare per autorizzare la parte a proporre la ripulsa di un testimone. Gli alti sentimenti che tutti riconoscono nei magistrati è anche una garanzia che non puossi sperare di rinvenire ordinariamente nei testimonj.

Senza dubbio *tutte* le cause per le quali si possono ricusare i giudici non sono necessariamente cause per cui si può anche ricusare un testimone; imperocchè, come si è benissimo osservato, si può supplire un giudice, ma non un testimone, e probabilmente per questo motivo non si stabilì una regola generale a tal riguardo; ma in generale ancora, allorchè il motivo di ripulsa di un testimone sia di natura grave, ed uno de' principali fra quelli pei quali puossi ricusare un giudice, deve si dire che la ripulsa è fondata. Quindi Pigeau dicea « di « potersi ammettere per regola che i motivi di ricusa contro i giudici sono motivi di ripulsa contro i testimoni, ogniquale volta non avvi ragione particolare per dire altrimenti ». Adunque sarebbe questo un punto rimesso alla prudenza del magistrato.

Ammettevansi anticamente motivi di ripulse che non erano espressi nell'ordinanza: talune Corti nel-

le osservazioni da esse fatte allorchè si compilava il Codice di procedura, dimandavano che si specificassero certe cause di ripulse che sarebbero perentorie, allorchè fossero confessate o giustificate, e che altre venissero rimesse alla prudenza del giudice. Così fecesi per le prime coll'art. 283 c. pr. = 378 *ll. pr. civ.*, e sembra che appunto ciò s'intese adottare per le altre, per induzione di quelle che furono ammesse per la ricusa de' giudici, ma lasciando circa a queste ultime un potere discrezionale ai tribunali, probabilmente pel motivo assegnato più sopra, di potersi supplire un giudice e non un testimone, che spesso è essenziale.

In conseguenza crediamo, per argomento dell'art. 378 c. pr. = 470 *ll. pr. civ.*, che il testimone potrebbe essere ricusato dalla parte contro la quale fosse prodotto, se eravi, o se vi fosse stato nei cinque anni precedenti alla sentenza che ha ordinato l'esame testimoniale, giudizio criminale fra questo testimone, il suo consorte, i suoi parenti o affini in linea retta, da un canto, e la parte, il suo consorte, i suoi parenti ed affini nella medesima linea dall'altro canto; e se vi fosse giudizio civile tra il testimone, il suo consorte, e i loro ascendenti e discendenti o affini nella medesima linea, e la parte contro di cui fosse prodotto il testimone, se tale giudizio, nel caso in cui si fosse intentato da questa parte, lo fosse stato prima della causa nella quale si proponesse la ripulsa; e se essendo terminato, lo fosse stato non pri-

418 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà*.
ma de' sei mesi che avessero preceduto la sentenza
da cui fu ordinato l'esame.

Vicimaggiormente si può ricusare il testimone se
vi sia inimicizia capitale tra lui e la parte, o se
vi sieno state dal canto suo aggressioni, ingiurie o
minacce, verbalmente o per iscritto, fra i sei mesi
precedenti alla sentenza che ordinò l'esame.

383. Può essere ricusato, *per sospetto di subor-
nazione*, il testimone che ha bevuto o mangiato
con la parte a di lei spese, dopo essersi pronun-
ziata la sentenza che ha ordinato l'esame (art. 283
c. pr. = 378 ll. pr. civ.); e per lo stesso motivo
quello il quale dopo quest'epoca ha ricevuto qual-
che dono da essa; art. 378 — 8 c. pr. = 470 — 8
ll. pr. civ.

384. È pure, dice Pothier, una grave presun-
zione di subornazione, quando sia provato che la
parte la quale produce il testimone gli abbia di-
steso in iscritto la di lui deposizione. Così giudicò
una decisione degli 11 agosto 1696, citata da Jousse,
e che trovasi nel tomo V del *Giornale delle udien-
ze*. Noi saremmo assai di questo parere, abbenchè
il Codice di procedura non si spieghi su tal caso.
Ma esso tace su parecchi altri, in cui nondimeno
è fuor di dubbio di potersi ricusare il testimone
che vi si trova.

385. Può essere ricusato, *per mancanza di buo-
na riputazione*, il testimone in istato di accusa,
il condannato a pena afflittiva o infamante, o an-
che a pena correzionale per causa di furto (art.

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 419
285 c. pr. = 378 ll. *pr. civ.*); e lo scrocco per tal riguardo viene assimilato al furto.

386. *Per mancanza di ragione*, possono ricu-
sarsi i mentecatti, i folli, gl' imbecilli.

387. Riguardo agl' impuberi, l' art. 285 *ibid.* = 379 *ibid.* dichiara che potranno essere esaminati gl' individui i quali avranno meno di quindici anni compiuti, ma si avrà per le loro deposizioni quel riguardo che di ragione. Quella di un fanciullo, dice Pothier, debb' essere rigettata; ma si può aver riguardo a quelle degl' impuberi prossimi alla pubertà, quando sieno ben circostanziate, ed il fatto su cui essi depongono non ecceda la loro capacità. L' art. 285 c. pr. = 379 ll. *pr. civ.* è concepito in senso più generale, lasciando al giudice esteso potere in questo rincontro; talmentechè potrebbe aver riguardo alla deposizione di un individuo di dieci anni, benchè quest' età non sia prossima a quella della pubertà, come lo intendeva probabilmente Pothier.

388. Tali sono i principali motivi di ripulse: essi debbono proporsi dalla parte o dal suo patrocinatore prima che segua la deposizione del testimone, il quale è tenuto a dare i chiarimenti opportuni sopra quelle che sono allegate contro di lui. Le ripulse debbono essere circostanziate, pertinenti e non concepute in termini vaghi e generali: tanto queste, quanto i chiarimenti dati dal testimone debbono essere riportate nel processo verbale di esame; art. 270 c. pr. = 365 ll. *pr. civ.*

★

389. Se il fatto su cui è basata la ripulsa sia impugnata, ne viene ordinata la pruova; art. 289 e 290 *ibid.* = 383 e 384 *ibid.*

390. Si riceve la deposizione anche del testimone recusato (art. 284 *ibid.* = 379 *ibid.*), giacchè può darsi che la ripulsa sia mal fondata.

Ma qualora sieno ammesse le eccezioni di ricusa, non viene letta la deposizione del testimone recusato; art. 291 *ibid.* = 385 *ibid.*

391. I testimoni sono esaminati separatamente, tanto in presenza quanto in assenza delle parti.

Ogni testimone, prima di essere esaminato, deve dichiarare il suo nome e cognome, la sua professione, la sua età, la sua abitazione; come pure se è consanguineo o affine di una delle parti, ed in qual grado, e se è domestico o al servizio di una di esse; e giura di dire il vero: il tutto sotto pena di nullità della deposizione; art. 262 *ibid.* = 357 *ibid.*

Non gli è permesso di leggere alcuna risposta preparata in iscritto; art. 271 *ibid.* = 366 *ibid.*

392. Se l'esame sia dichiarato nullo per colpa del giudice che vi ha assistito, deve rinnovarsi a sue spese; art. 292 *ibid.* = 386 *ibid.* In effetti la parte non può rimproverarsi cosa alcuna.

393. Ma se mai sia nullo per colpa del patrocinatore o dell'usciera, non vien fatto di nuovo, giacchè la parte deve attribuire a sua colpa lo aver malamente scelto; salvo ad essa il chiedere da loro le spese, ed anche i danni ed interessi nel caso

di manifesta negligenza; il che è rimesso alla saggezza del tribunale; art. 293 *ibid.* = 387 *ibid.*

394. La nullità di una o di più deposizioni non induce la nullità dell'esame; art. 294 *ibid.* = 388 *ibid.* *Utile per inutile non vitiatur.*

395. Nè il Codice civile, nè quello di procedura determinano il numero di testimoni le cui deposizioni valide e concordanti sopra un medesimo fatto o sopra un medesimo debito sono necessarie per far pruova completa, in modo che il giudice possa averlo come provato; e neanche dichiarano se mai sia esso obbligato, sotto pena di violar la legge, di uniformare la sua sentenza alla deposizione concorde e positiva di più testimoni.

Il tribunale di appello di Grenoble, nelle sue osservazioni sul Codice civile, aveva elevato le seguenti quistioni: Quali sono le condizioni necessarie perchè sia perfetta la pruova testimoniale? Vi bisogneranno molti testimoni? Converrà mai ricorrere in questa materia alle disposizioni delle antiche ordinanze?

Ma tali quistioni sono rimaste indecise nel Codice, e niuna cosa nella discussione in Consiglio di Stato sulla materia o nelle relazioni fatte sul progetto di legge, determina il punto se mai s'intese abbracciare a tal riguardo le regole dell'antica giurisprudenza ovvero quelle ammesse nel nuovo dritto in materia criminale.

396. In effetti nelle materie criminali la legge dice espressamente ai giurati di determinarsi secon-

do il loro proprio convincimento, e non secondo i tali o tali altri processi verbali, il tale o tal numero di testimoni; art. 342 c. ist. cr.

Le stesse massime furono per analogia seguite in generale nei tribunali correzionali, benchè la legge non siasi altronde spiegata in modo positivo.

397. Anticamente al contrario la deposizione di un solo testimone non era in generale bastante a far pruova di un fatto, comunque degno di fede, ed in qualsivoglia dignità fosse altronde costituito questo testimone: *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat*, diceva la legge 9, § 1, Cod. *de testibus*, il cui dettame seguivasi nella nostra antica giurisprudenza (1); salvo che nelle materie civili, e quando la somma era modica, il giudice poteva aver riguardo a questa deposizione, corroborandola col giuramento, che deferiva di ufficio alla parte, come lo dicono Domat e Pothier.

Ma le deposizioni di due testimoni, perfettamente concordanti tra esse, e non combattute da altre di ugual forza, facevano perfetta pruova; ed il giudice, anche in materia criminale, doveva uniformarvi la sua sentenza, qualunque esser potesse altronde la sua personale opinione.

Per quest' ultimo riguardo, tale sistema fu dai buoni vivamente censurato nelle materie criminali, e venne con saggezza abrogato. Ma il silenzio dei compilatori del Codice civile non lascia di far sor-

(1) Donde quell' adagio forense: *testis unus, testis nullus*.

gre dubbj sull' uno e l' altro punto nelle materie civili.

398. Del resto la quistione non consiste in conoscere se la sentenza del tribunale che siasi determinata in vista della deposizione di un solo testimone, o che abbia rigettata una dimanda, avvalorata dalla deposizione concordante di due o più testimoni non ricusati, possa essere riformata in grado di appello, ove siavi luogo ad appello; imperocchè ciò non è dubbioso, se i giudici superiori credano di esservi un *mal giudicato*, se reputino che il tribunale di prima istanza abbia accordata soverchia fiducia a questa deposizione unica, o che non ne abbia accordata bastante alla testimonianza di due o più testimoni, i quali hanno nondimeno deposto uniformemente sullo stesso fatto: sta essa in sapere se nell' uno o nell' altro caso vi sia violazione della legge, ed in conseguenza ricorso per cassazione.

Ma innanzi tutto, sul primo caso, dove mai sarebbe la violazione, poichè la legge attuale non ispiegasi sul numero de' testimoni necessarj per far pruova completa di un fatto, e poichè le leggi anteriori su questa materia si trovano abrogate da quella del 5o ventoso anno XII? Laonde non può trattarsi se non dell'appello in simil caso. Soltanto puossi dire che i tribunali debbono difficilmente determinarsi in vista di una deposizione, soprattutto quando la causa sia di qualche importanza, lo che può spesso avvenire stante le infinite eccezioni che

soffre la regola, di non ammettersi la pruova testimoniale oltre il valore di 150 franchi. E siccome in questo caso essi possono riguardare la dimanda o l'eccezione come non essendo pienamente giustificata, nè come totalmente sfornita di pruova, possono per lo stesso motivo deferir di ufficio il giuramento ad una parte, e debbono in generale deferirlo a quella che ha in favor suo questa deposizione, affinchè completi la sua pruova.

Ma sul secondo punto, avvi maggior dubbio. In effetti un individuo dà a prestito ad un altro la somma di 100,000 franchi, per esempio, avanti a due o tre persone che ne depongono uniformemente, e le cui deposizioni non vengono punto ricusate: è mai permesso al giudice di non avervi alcun riguardo, perchè vi si opponesse il suo convincimento? e la sua sentenza non sarebbe essa in alcun modo soggetta alla censura della Corte di cassazione, se mai a questa Corte sia deferita?

Il creditore dirà che la legge non volle alcerto tendergli una rete; che dopo avergli promesso che ammetterebbe per questa somma la pruova testimoniale da lui fatta, non intese che la sorte della sua dimanda fosse di poi lasciata ad arbitrio del giudice, il quale potrebbe rigettarla sul pretesto che il suo convincimento sia contrario alla deposizione de' testimoni; che il giudice altronde può benissimo ingannarsi; che la prevenzione, la stessa passione possono ancora accecarlo, forse per umiliare i testimoni; che non deve presumersi di es-

scre i medesimi stati corrotti quando si tratti di una somma sino alla cui concorrenza la legge, per dritto comune, ammise questo genere di pruova, e che il giudice non deve sostituire i suoi pregiudizj contra la parte ed i testimoni, alla presunzione generale della legge.

Aggiungerà che la legge stessa chiama *pruova testimoniale* quella da lui fatta, e che deve il giudice uniformare la sua sentenza alle pruove regolarmente amministrate; che siccome non potrebbe, qualunque fosse altronde il suo convincimento, negarsi a giudicare secondo le pruove scritte, finchè gli atti non fossero impugnati coll'iscrizione in falso, o secondo le presunzioni legali, finchè le medesime non fossero distrutte con la pruova contraria, supponendo pure che la legge l'avesse riservata; così non gli debb'esser lecito di farlo nel caso della pruova testimoniale, poichè è questa ugualmente una pruova agli occhi della legge; che essa non gli dette un potere meramente discrezionale, come lo fece riguardo alle presunzioni che formalmente rimise alla sua prudenza ed ai suoi lumi (art. 1553 c. c. = 1307 ll. cc.), e come lo fece pure circa alle relazioni di periti (art. 523 c. pr. = 417 ll. pr. civ.), perchè in fatti non eravi la stessa ragione: egli può ordinare un'altra relazione, in vece che una parte non può far uso se non delle pruove che ha in suo potere.

Sosterrà che avendo i compilatori del Codice copiato per dir così parola a parola l'ordinanza del

1667 su questa materia, ogni cosa induce a credere di aver essi inteso che la pruova testimoniale regolarmente amministrata farebbe effettivamente *pruova* nei limiti stabiliti a tal riguardo, cioè nei casi in cui fosse ammissibile; che nulla, senza ciò, potrebbe giustificare le restrizioni fatte all'ammissibilità di questa pruova, in un sistema in cui il giudice non sarebbe vincolato da essa, come lo era anticamente; mentrechè queste medesime restrizioni sono perfettamente giustificate in un sistema in cui tal genere di pruova obbliga il giudice ad uniformarvi la sua sentenza.

Che ciò è tanto più probabile, in quanto il tribunale di appello di Lione, nelle sue osservazioni sul progetto di legge, avea chiesto di stabilirsi regole positive in riguardo alla forza della pruova testimoniale, specialmente circa al numero di testimoni che fossero necessarj per fare una pruova completa, e nondimeno che il Codice credè di dover tacere a tal proposito, senza che cosa alcuna, nella discussione in Consiglio di Stato e nelle relazioni fatte al Corpo legislativo ed al Tribunato sul progetto di legge, indichi che siasi inteso di non seguire l'antica giurisprudenza su questo punto; che se mai si avesse voluto farlo, si sarebbe ciò dichiarato, come si praticò per riguardo alle relazioni di periti; in somma che la legge non dice in niuna parte che il giudice sarà un vero giurato in questa materia.

399. Ma da un'altra banda si dice che se i giu-

dici dovessero trovarsi vincolati dalla deposizione dei testimoni, siccome la legge attuale non determina il numero di deposizioni necessarie perchè facciano pruova, ne risulterebbe che una sola potrebbe determinare la decisione del tribunale, anche in casi in cui si trattasse d'ingente interesse, perchè esistesse un principio di pruova scritta, o perchè si fosse in qualche altro caso di eccezione; e che quindi le sostanze di un cittadino potrebbero dipendere dalla mala fede di un testimone corrotto; che in verità vi sarebbe in questo caso il rimedio dell'appello, ma tale rimedio non sarebbe un preservativo bastante, poichè la sentenza potrebbe benissimo essere confermata in grado di appello.

Che altronde non può esservi ricorso per cassazione in questa materia; attesochè non avendo alcuna disposizione della legge attuale stabilito il numero de' testimoni necessari per far pruova completa, non puossi perciò pretendere di essersi violata la legge; ed affinchè la Corte di cassazione potesse cassare, bisognerebbe inoltre che essa valutasse da sè medesima la gravezza delle deposizioni: or ciò non è nelle sue attribuzioni; nè ha essa in mano sua gli elementi d'istruzione che ha il giudice della causa per poterlo fare. Ed in effetti il processo verbale di esame non potrebbe farle conoscere qual fiducia meriti la talè o tal deposizione: il quale atto non potrebbe altro insegnarle se non che la deposizione è regolare, e che è stata fatta in favore del ricorrente; non le paleserebbe la mo-

ralità del testimone, le circostanze in cui egli fece la sua deposizione, le sue relazioni con la parte, e molte altre cose che il giudice della causa potè sapere, e che questa Corte non ha pur essa i mezzi di conoscere o di verificare.

Puossi aggiungere che le ragioni a tal riguardo sono le stesse che nelle materie criminali, anzi risultano più gravi allorchè la causa, come può spesso avvenire, sia di molta importanza; giacchè allora la corruzione de' testimoni, la loro rea compiacenza per una delle parti sono più a temersi: primieramente perchè vi è meno grave la pena cominata contro la falsa testimonianza, ed in secondo luogo è meno da supporre che un testimone, soltanto per animosità verso l'accusato, faccia una falsa deposizione a rischio di compromettersi egli medesimo in assai grave maniera. E probabilmente perchè era vi lo stesso motivo di seguire in materia civile il sistema adottato a tal riguardo in materia criminale, i compilatori del Codice civile reputarono essere superfluo lo stabilire disposizioni speciali e positive a quest'uopo, credendo senza dubbio che vi sarebbero gravi inconvenienti in vincolare i giudici col determinare un numero di testimoni, attesochè la tale deposizione può valerne moralmente molte, e possono molte non valerne una sola.

Tanto diceva l'imperatore Adriano in due rescritti diretti uno al governatore della provincia della Cilicia, e l'altro a Valerio Vero, e le cui notabili parole vengono riferite dal giureconsulto Callistrato, nella l. 3, ff. *de testibus*.

Verba epistolæ hæc sunt: TU MAGIS SCIRE POTEST QUANTA FIDES HABENDA SIT TESTIBUS: QUI ET CUIUS DIGNITATIS, ET CUIUS ÆSTIMATIONIS SINT, ET QUI SIMPLICITER VISI SINT DICERE, UTRUM EUNDEMQUE MEDIATUM SERMONEM ATTULERINT, AN AD EA QUÆ INTERROGAVERAS, EX TEMPORE VERISIMILIA RESPONDERINT.

QUÆ ARGUMENTA AD QUEM MODUM PROBANDÆ CUIQUE REI SUFFICIENT, NULLO CERTO MODO DEFINIRI POTEST, SICUT NON SEMPER ITA SÆPE SINE PUBLICIS MONUMENTIS CUIUSQUE REI VERITAS DEPREHENDITUR: ALIAS NUMERUS TESTIUM, ALIAS DIGNITAS ET AUCTORITAS, ALIAS VELUTI CONSENSIENS FAMA CONFIRMAT REI, DE QUA QUÆRITUR, FIDEM. HOC ERGO SOLUM TIBI RESCRIBERE POSSUM SUMMATIM, NON UTIQUE AD UNAM PROBATIONIS SPECIEM COGNITIONEM ALLIGARI DEBERE, SED EX SENTENTIA ANIMI TUI TE ÆSTIMARE OPORTERE, QUID AUT CREDAS, AUT PARUM PROBATUM TIBI OPINARIS.

Ecco la vera legge della materia: essa fu quella che venne proclamata formalmente dal Codice d'istruzione criminale, e che deve seguirsi eziandio nelle materie civili, perchè essa puranche s'intese seguire. Laonde conviene riguardare la pruova testimoniale meno come una pruova propriamente detta, che come una presunzione rimessa alla prudenza del magistrato, la cui sentenza può, come nel caso delle presunzioni di questa specie, essere riformata in grado di appello, se vi sia luogo ad appello; ma non per la via del ricorso per cassazione.

E non puossi dire per ciò che colui il quale diè a prestito innanzi a testimoni una somma non maggiore di 150 franchi sarà così deluso nella sua speranza; egli avrà in suo favore il genere di pruova che volle avere, ma cogli effetti pocanzi spiegati. Del resto tali effetti sono assai potenti per meritare talune altre spiegazioni sulle caratteristiche che debbono avere le deposizioni e sulle regole da seguirsi da un giudice illuminato, nel caso di collisione delle testimonianze.

400. Se i fatti che si vogliono provare sieno diversi, o se i crediti sieno diversi, bisogna che la pruova sia completa sopra ciascun fatto o ciascun credito, nel senso poco fa spiegato; ma non è necessario che i fatti sopra cui depongono molti testimoni sieno avvenuti nello stesso luogo, nello stesso tempo, perchè il giudice debba prestar fede alle deposizioni; purchè le medesime coincidano e stabiliscano chiaramente il credito o il pagamento, ciò basta. Così, io fo esaminare un testimone il quale deponc di avervi io dato a prestito in sua presenza, il tale giorno, nel tale luogo, la somma di 150 franchi nelle tali monete, che ha veduto numerare, ed un'altra persona la quale dichiara di aver poscia udito da voi di avervi io mutuata questa somma, con le circostanze principali che si trovano nella prima deposizione; in modo che la seconda si riferisce evidentemente allo stesso fatto che è contenuto nella prima: nell'antico dritto queste due deposizioni avrebbero formato completa pruova,

giacchè esse concordano perfettamente sul punto importante, quello del mutuo, ed il giudice oggidì deve puranche avervi riguardo se i testimoni sieno agli occhi suoi degni di fede; come se i due testimoni avessero veduto fare il mutuo, o ne avessero inteso nel tempo stesso la confessione dal debitore.

401. Abbenchè la deposizione concordante di due testimoni debba generalmente far completa fede, soprattutto se la somma non sia considerevole, e viepiù se i testimoni abbiano buona fama, poichè, giusta quanto poco fa si è detto, quella di un solo testimone potrebbe oggidì aver tale effetto, nondimeno siccome la parte ignora ciò che i suoi testimoni dichiareranno, può farne udire tanti quanti ne ha. Ma perchè non abusi di questo dritto, per far sopportare spese al suo avversario, la legge pone a suo carico quelle delle deposizioni de' testimoni eccedenti il numero di cinque sullo stesso fatto; art. 281 c. pr. = 376 ll. pr. civ.

402. Abbiamo detto più sopra che la pruova contraria è di dritto, cioè che il convenuto nella dimanda tendente alla pruova testimoniale non ha bisogno di dimandare di essere autorizzato a far la sua, nè in conseguenza specificare precedentemente i fatti che intende provare per distruggere le asseritive del suo avversario: talmentechè quando anche la sentenza la quale ha ammesso la pruova non facesse menzione della facoltà di somministrare la pruova contraria, questa pruova non potrebbe meno aver

luogo, il giudice commissario non dovrebbe meno ammetterla. Diverso sarebbe quantevolte si trattasse di una dimanda riconvenzionale, giacchè allora non sarebbe una pruova contraria a quella fatta dall'altra parte, ma sarebbe una pruova diretta, un vero esame diretto, benchè si facesse in un caso in cui l'attore fosse stato anch'egli ammesso a stabilire la sua dimanda per mezzo di testimoni.

403. Se nel caso di una contropuova vi sia un solo testimone che abbia deposto in favore del convenuto nella dimanda tendente alla pruova testimoniale, nella nostra antica giurisprudenza reputavasi generalmente che tale unica deposizione non iservava la pruova dell'esame, quando anche avesse avuto soltanto due testimoni. Ciò dipendeva dacchè una sola deposizione veniva considerata come non formante pruova. Essa non controbilanciava una delle deposizioni dell'esame, altrimenti avrebbe avuto per risultamento di neutralizzare l'esame stesso, ed avrebbe così avuto un effetto simile a due deposizioni; lo che sarebbe stato inconsequente.

Ma due deposizioni formando allora completa pruova, se eranvi state nella contropuova due deposizioni concordanti, ed opposte a quelle dell'esame, potevano esse neutralizzare queste ultime, in qualunque numero fossero; soltanto i giudici ponderavano le pruove, avuto riguardo alla qualità de' testimoni, alla loro buona fama, al loro numero, e alle diverse circostanze della causa, uniformemente alla succitata l. 3, ff. *de testibus*.

Checchè siane, oggidì una sola deposizione potrebbe snervarne due, ed anche un maggior numero, secondo ciò che innanzi si è detto; salvo alla parte condannata lo appellare avverso la sentenza, se la materia sia capace di appellazione, ed ai giudici di appello il riformare, se mai sembri loro che la sentenza contenga un *mal giudicato* per questo o per qualche altro riguardo.

SEZIONE II.

Delle presunzioni.

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO.

- 404. *Che mai sieno le presunzioni.*
- 405. *Applicazione in forma di esempio.*
- 406. *Etimologia della parola presunzione.*
- 407. *Le presunzioni non sono pruove, ma ne fanno o possono fare le veci.*
- 408. *Sono di due specie: quelle stabilite dalla legge, e quelle che sono rimesse alla prudenza del magistrato.*
- 409. *Le prime sono anch' esse di due specie.*
- 410. *Testo dell' art. 1352 c. c.*
- 411. *Chi ha in suo favore una presunzione della legge è dispensato da ogni pruova.*
- 412. *Diverse quistioni cui dà luogo l' art. 1352 c. c.*
- 413. *Continuazione.*
- 414. *Continuazione.*
- 415. *Continuazione.*
- 416. *Riassunto della discussione.*
- 417. *Passaggio.*

404. Le presunzioni sono conseguenze che la legge o il magistrato desume da un fatto certo per conoscere la verità di un fatto di cui non si ha la pruova. « Sono , dice l' art. 1349 c. c. = 1303 « *ll. cc.* , le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto.

« Le conseguenze , dice Domat , che si desumono dalle cause ai loro effetti , o dagli effetti alle loro cause , pel legame che può esservi tra i fatti « noti ed i fatti ignoti ».

Tali conseguenze son dedotte da quanto più comunemente avviene nel dato caso: *Præsumptio dicitur ex eo quod plerumque fit.*

405. Per esempio , la legge presume che un debito siasi soddisfatto con pagamento o rimessione , quando il titolo che lo provava sia stato volontariamente restituito al debitore dal creditore (art. 1282 c. c. = 1236 *ll. cc.*); giacchè in effetti ordinariamente il creditore restituisce il suo titolo al debitore quando sia stato soddisfatto del debito. Qui il fatto *noto* è la restituzione del titolo ; il fatto *ignoto* e che cercasi , è la soddisfazione del debito , e procedendo la legge dal noto all'ignoto , conchiude dal fatto noto che esso non sussiste più , che è stato estinto con pagamento o rimessione. Ed il titolo si presume restituito dal creditore al debitore , e volontariamente sino alla pruova contraria , allorchè si trovi in potere del debitore.

406. Secondo Alciato nel suo trattato *de Præsumptionibus* , la voce *presunzione* deriva dal ver-

bo *sumere*, e si forma con la preposizione *præ*, cioè che la legge o il magistrato *SUMIT aut habet aliquid pro vero; et id PRÆ, idest antequam aliunde probetur.*

407. Le presunzioni non sono pruove, ma ne fanno le veci nei casi preveduti dalla legge, e possono supplirle in quelle in cui la legge permette ai giudici di decidersi col loro soccorso.

408. Sotto il riguardo delle loro cause ed effetti, le presunzioni sono di due specie: quelle stabilite dalla legge, e quelle rimesse ai lumi ed alla prudenza del magistrato.

Le prime sono quelle che la legge medesima con una speciale disposizione attribui a taluni atti o fatti da essa preveduti.

Le altre sono quelle che risultano da fatti della causa non preveduti specialmente dalla legge. Sono tante semplici congetture, che il magistrato può dedurre dai fatti e dalle circostanze della causa a lui sottoposta. E siccome questi fatti possono variare all'infinito, e per questa ragione non era possibile che la legge le prevedesse tutte, lasciò essa l'esame delle presunzioni che ne risultano alla prudenza del magistrato, prescrivendogli nondimeno di non ammettere se non presunzioni gravi, precise e concordanti, e dandogli anche facoltà di determinarsi col loro soccorso nei casi soltanto in cui essa ammette le pruove testimoniali; art. 1353 c. c. = 1307 II. cc.

409. Le presunzioni legali sono pur esse di due specie, circa agli effetti che producono.

Le une e le altre hanno di comune che dispensano tutte dalla pruova colui a favor del quale esistono; ma le une ammettono la pruova contraria, mentre che le altre non l'ammettono.

E per distinguerle i dottori, almeno la maggior parte, chiamano queste presunzioni *juris et de jure*, e quelle, presunzioni *juris tantum* (1).

Tali denominazioni, di mera dottrina, non possono esser utili, soprattutto vigente il Codice, se non per abbreviare le spiegazioni, e soltanto per questo riguardo noi le adopereremo, quando ci avverrà ciò.

410. Ma quali sono le presunzioni legali che ammettono la pruova contraria? quali sono quelle che non l'ammettono? il Codice in varj casi lo ha spiegato, ma non in tutti.

L'art. 1552 c. c. = 1306 ll. cc., abbenchè sembri che stabilisca una regola generale a tal riguardo, non lascia di presentar dubbj e difficoltà. Esso dice:

« La presunzione legale dispensa da qualunque pruova colui a favor del quale essa esiste.

« Non è ammessa veruna pruova contro la presunzione della legge, quando sul fondamento di tale presunzione essa annulla taluni atti, o nega l'azione in giudizio; purchè non abbia riserbato la pruova in contrario, e salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale.

(1) Domat non adoperò queste denominazioni; Pothier se ne valse nelle sue opere. V. specialmente le sue *Pandette*, nel titolo de *probat. et præsumpt.*

411. La prima parte dell' articolo non soffre alcun dubbio, essendo certo che colui il quale ha una presunzione legale in suo favore viene dispensato da qualunque pruova circa alla conseguenza a desumersi dal fatto su cui essa poggia; la legge stessa desume questa conclusione per lui: soltanto egli è in obbligo di dimostrare che la presunzione medesima esiste, che si è verificato il fatto su cui è basata, e colle circostanze richieste dalla legge, se ne abbia espresse; in somma che egli trovasi nel caso da essa preveduto. A tal riguardo non devesi distinguere se nel caso dato la legge abbia oppur no riservata la pruova contraria: questa riserva concerne soltanto l'avversario, e noi vedremo tra poco a quali casi si applichi.

412. Ma la seconda parte dell' articolo non presenta una disposizione sì chiara per quanto è d'uopo. Essa esclude per massima ogni pruova contraria, ma spiegasi così riguardo soltanto alle presunzioni *sul fondamento delle quali la legge annulla taluni atti o nega l' azione in giudizio*, ed in secondo luogo apporta due limitazioni alla regola che stabilisce a questo proposito:

1.^o *Purchè la legge non abbia riservato la pruova in contrario;*

2.^o *Salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale.*

Quindi negli altri casi di presunzioni legali in cui la legge non ha sul loro fondamento *annullato taluni atti o negata l' azione in giudizio*, e che

sono al certo ben numerosi, non è interdetta da questo articolo la pruova in contrario. Devesi anche dire *e contrario* di essere ammessa per massima, giacchè per qual motivo sarebbesi mai riportata la sua esclusione ai casi in cui la legge sul fondamento della presunzione, *annulla taluni atti o nega l'azione in giudizio*, qualora si fosse inteso escluderla puranche in tutti i casi di presunzione legale in cui la legge non avesse nel medesimo tempo riservata tale pruova? Evidentemente questa relazione sarebbe all'ultimo segno erronea, poichè niuna cosa potrebbe spiegarla; la disposizione dell' articolo avrebbe dovuto essere così conceputa: « Non è ammessa veruna pruova contro la presunzione della legge, purchè la legge non abbia riservato la pruova in contrario, ec. ». Ma l'articolo è disteso diversamente, dicendo: « Non è ammessa veruna pruova contro la presunzione della legge, quando sul fondamento di tale presunzione essa *annulla taluni atti o nega l'azione in giudizio*; purchè essa non abbia riservato la pruova in contrario, e salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale ». Cosicchè a questi casi soltanto si riferisce grammaticalmente l'esclusione della pruova contraria, e non alle presunzioni legali in generale, a quelle di cui non è qui parola.

Che mai sono altronde le presunzioni legali? Semplici congetture che la legge, prendendo per guida l'esperienza, desume da ciocchè avviene più comunemente nel caso su cui essa dispone; ma è

nella ragione che semplici congetture cedano alla pruova della verità del fatto; salvo alla parte che vuol distruggere la presunzione l'osservar le regole sulle diverse specie di pruove, riguardo alla loro ammissione o al loro rigetto, secondo i diversi casi.

Questa dottrina è sì vera in generale (giacchè sarebbe possibile che soffrisse qualche limitazione in taluni casi), che gli stessi atti autentici, i quali sono al certo legalmente presunti veri, poichè fanno fede sino all'iscrizione in falso (art. 1319 c. c. = 1273 ll. ec.), possono essere distrutti con questa via; che puossi anche provare contra il loro contenuto per mezzo di controscritture e di atti posteriori, coì quali siavisi derogato, ed anche per mezzo di testimoni, con un principio di pruova scritturale. L'art. 1352 c. c. = 1306 ll. ec. non può essere esteso, giacchè la sua disposizione è rigorosa, dando essa maggior forza ad una semplice supposizione che alla stessa pruova della verità: or l'esclusione della pruova contraria alla presunzione vien pronunziata da questo articolo nei casi soltanto in cui la legge, sul fondamento di tale presunzione, *annulla taluni atti o nega l'azione in giudizio*: esso tace sugli altri casi di presunzione legale. Talmentechè devesi aver per massima che siffatta pruova non è interdetta in questi ultimi, ammenochè la legge non l'abbia essa medesima esclusa; per lo stesso motivo, che può deferirsi il giuramento dalla parte cui viene opposta la presunzione, e che questa parte può far interrogare il suo

avversario sul fatto *ignoto* che la legge dedusse dal fatto *noto*, il quale serve di base alla presunzione. Questo punto non ci sembra capace di alcun grave dubbio, stante le diverse disposizioni del Codice sulla materia delle *presunzioni legali*.

415. Pur nondimeno non avvien lo stesso delle due restrizioni apportate dalla seconda disposizione del suddetto art. 1352 alla regola da esso stabilita, di non ammettersi veruna pruova contra la presunzione della legge, quando sul fondamento di tale presunzione essa *annulla taluni atti o nega l'azione in giudizio*.

Puossi rinvenire qualche caso in cui la legge riserva la pruova in contrario in materie nelle quali in generale essa nega l'azione in giudizio; ma non se ne troverebbero così facilmente in ispecie in cui essa annulla un atto.

Si può citare l'art. 512 c. c. = 234 ll. cc. come esempio della prima ipotesi. Il figlio concepito durante il matrimonio ha per padre il marito: è questa una presunzione legale di massima forza. Non può costui impugnare di essergli padre: la legge sul fondamento della presunzione di paternità, *is pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant*, gli nega l'azione in giudizio a tale riguardo. Ma essa gli riserva la pruova contraria alla presunzione di esser nato il figlio per opera sua, ed in conseguenza gli accorda l'azione di non riconoscimento, nel caso in cui provi che durante il tempo trascorso dal trecentesimo sino al cento ottantesimo giorno

prima della nascita del figlio egli era nella impossibilità fisica di coabitare con sua moglie. Gli permette puranche di distruggere la presunzione col non riconoscimento del figlio per causa di adulterio della moglie, qualora gliene sia stata celata la nascita; art. 513 c. c. = 235 II. cc.

Ma allorquando io oppongo alla mia parte avversa una presunzione legale, sul cui fondamento pretendo che l'atto da essa invocato contro di me sia dichiarato nullo dalla legge stessa, non vediamo che la legge abbia riservata la pruova contraria: se lo fece, è sicuramente ben raro. Il mio avversario può senza dubbio pretendere che la presunzione da me invocata non sussiste; che i fatti sui quali io la poggio non sono quali li presento; ma ciò non è, come indebitamente lo credette Toullier, secondo taluni autori (1), un *provar contro la presunzione*; nè può esser questo il caso della restrizione apportata dal nostro articolo alla regola da esso stabilita, di non ammettersi veruna pruova contro la presunzione della legge, quando sul fondamento di tale presunzione essa *annulla taluni atti o nega l'azione in giudizio*; imperciocchè ciò è soltanto un negare l'*esistenza della presunzione*. In vece che quando si prova *con-*

(1) Specialmente Alciato, *Tract. de Præsumpt.*, part. 11, n.º 11 e 12, il quale così si esprime: *Etsi directæ probatio regulariter non admittatur contra præsumptionem juris et de jure, admittatur indirecta, quia, cum lex requirat certas qualitates et circumstantias ad hanc præsumptionem constituendam, semper admittantur probationes, quod non sit talis casus, vel non sit aliqua ex requisitis qualitativibus.*

tro la presunzione per distruggerne l'effetto, precisamente se ne riconosce l'esistenza.

Quell'autore chiama ciò provare *indirettamente* contra la presunzione, giacchè quantunque non viene impugnata direttamente, è distrutta indirettamente provando che non si può applicare al caso proposto.

Ma chi non vede che ciò non è provare nè indirettamente nè direttamente *contra la presunzione* stessa; ch'è soltanto provare contra l'*assertiva* di una presunzione bene o male a proposito invocata?

Gli esempj che Toullier vuol desumere dagli art. 181 e 472 c. c. = 395 ll. cc. in sostegno della sua dottrina, non la confermano in alcun modo, a parer nostro. Risulta soltanto da questi articoli che nei casi in essi preveduti, colui al quale opponesi la presunzione può provare di non aver luogo nella specie; ma ciò non è un distruggerla, è soltanto non far invocare una presunzione che si pretende indebitamente allegata.

Ed in effetti, che mai dice l'art. 472 c. c. = 395 ll. cc.? che « qualunque convenzione che potesse
« seguire fra il tutore ed il minore divenuto mag-
« giore, sarà nulla se non sarà stata preceduta da
« un circostanziato rendimento de' conti e dalla con-
« segnazione de' documenti giustificativi, il tutto
« comprovato da una ricevuta dell'incaricato del-
« l'esame del conto, dieci giorni almeno prima
« della convenzione ».

La legge temè che il minore divenuto maggiore

non fosse ingannato; essa *presume* anche che lo sia stato, se la convenzione non siasi fatta dieci giorni almeno dopo un circostanziato rendimento de' conti e la consegnazione de' documenti giustificativi, il tutto comprovato da una ricevuta avente la data anche di dieci giorni almeno prima della convenzione; ed appunto sul fondamento di questa presunzione essa annulla qualunque convenzione che non fosse stata fatta in conformità di tali disposizioni. La presunzione per altro non è qui pura e semplice, ma condizionale: *se la convenzione non sia stata preceduta*, ec. A dir vero, spetterà al tutore, se vien dimandata la nullità della convenzione, il provare, e soltanto mediante la ricevuta, di esser tutto avvenuto secondo il voto della legge; ma se egli fa questa pruova, non vi sarà mai stata presunzione a suo riguardo; e se non la fa, la presunzione esisterà e non potrà essere distrutta nè indirettamente nè direttamente.

Ed anche in generale incumbe a colui il quale invoca una presunzione legale il provare che essa esiste; che il fatto su cui la legge la stabilisce sia quello da essa preveduto; che questo fatto si verificò, e si verificò colle circostanze espresse dalla legge perchè avvenga tale presunzione. Vi sono pochissime eccezioni a questa regola, la quale è comune a tutte le pruove. Tali eccezioni non si presentano anche se non nei casi in cui, come quello preveduto nell' art. 472 c. c. = 395 ll. cc., la pruova dell' esistenza delle presunzioni fosse quella di una

negativa. In fatti non potevasi ragionevolmente assoggettare un minore divenuto maggiore, il quale dimandasse la nullità della convenzione, a provare che prima della medesima non vi sia stato un conto di tutela renduto dal tutore, con la consegna de' documenti giustificativi, poichè questa pruova sarebbe stata difficilissima in parecchi casi, ed anche impossibile in molti; sarebbe stato soprattutto obbligarlo a provare una mera negativa, il sottoporlo a giustificare di non aver egli rilasciato alcuna ricevuta a tal riguardo: nell'atto che il tutore, esibendo questa ricevuta, può facilmente provare di essersi fatta la convenzione secondo il voto della legge. Ma è questo un caso di eccezione, e rimane sempre vero, per massima, che colui il quale invoca una presunzione legale, deve provare che egli trovasi nel caso preveduto dalla legge, ed in conseguenza che il fatto su cui la poggia sia quello preveduto dalla legge, e che questo fatto siasi avverato: donde segue che fino a quando non venga fatta questa pruova, l'avversario non deve provare cosa alcuna, e che quante volte sia fatta non può costui distruggere la presunzione con una pruova contraria, nei casi in cui, sul fondamento di tale presunzione, la legge annulla l'atto; ammenochè, come lo dice il nostro articolo, non abbia essa riservata questa pruova. Ma lo ripeteremo, non vediamo che l'abbia riservata in questi medesimi casi: se mai lo fece, è al certo ben raro.

414. La seconda limitazione, *salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale*, non presenta minore oscurità e dubbio, applicata, come lo è dall' articolo, ai casi in cui la legge sul fondamento della presunzione, annulla taluni atti o nega l'azione in giudizio.

Ed in effetti quali sono dunque quelli fra questi casi nei quali colui al quale si oppone la nullità di un atto, o a cui la legge nega l'azione in giudizio, potrebbe deferire il giuramento all'altra parte, e farla interrogare sui fatti della causa?

Vediamo primieramente qualcuno di quei casi nei quali la legge nega l'azione in giudizio, o non l'accorda che dando all'altra parte una eccezione perentoria per eliminarne gli effetti.

Allorchè sia intervenuta una sentenza definitiva passata in giudicato fra due persone sopra la tale o tal cosa, è chiaro che non potendo più la parte soccombente rinnovare la controversia, non avvi più luogo per essa a deferire il giuramento all'altra parte sul fatto giudicato, nè a farla interrogare su questo fatto in un nuovo giudizio; giacchè se lo potesse ancora, per la medesima ragione lo potrebbe sempre, e le liti non avrebbero fine. Quindi la limitazione non può applicarsi a questo caso.

Chi dimandasse il pagamento di un debito di giuoco. pel quale la legge non accorda alcuna azione, è chiaro che neanche potrebbe deferire il giuramento sul fatto di questo debito, poichè quando anche fosse confessato, non avrebbe egli dritto di

dimandarne il pagamento. Il tribunale dovrebbe di ufficio dichiarare puramente e semplicemente inammissibile la sua dimanda, attesochè egli non aveva alcuna azione giudiziale; art. 1965 c. c. = 1837 ll. cc.

Nel caso in cui un debitore abbia acquistato la prescrizione ordinaria di anni trenta, neanche gli si può deferire il giuramento, nè farlo interrogare sul fatto di conoscersi se il debito sia stato estinto. Purtuttavia, a parer nostro, non devesi dire per massima con Toullier, che *la legge nega l'azione in giudizio* in questo caso; giacchè la nega sì poco, che interdisse formalmente ai giudici il supplire di ufficio il mezzo della prescrizione (art. 2223 c. c. = 2129 ll. cc.): essa accordò soltanto una eccezione al convenuto, mediante la quale egli *può rendere inefficace l'azione*, opponendo la prescrizione. Ma siccome questa prescrizione non è basata soltanto sulla presunzione di pagamento, essendolo puranche sul motivo che bisognava assicurare la pace delle famiglie, prevenire le numerose liti che sarebbero necessariamente avvenute senza di ciò, e si volle così punire il creditore della soverchia sua negligenza in dimandare ciocchè eragli dovuto, risulta dalla prescrizione una presunzione assoluta di essere estinto il debito; salvo alla parte cui viene opposta tale prescrizione il deferire all'altra il giuramento sul fatto di conoscersi se non sia stata interrotta con la ricognizione del debito prima che si fosse compita, e di farla interrogare su questo

fatto ; giacchè allora si tratterebbe soltanto della controversia se abbia luogo oppur no la prescrizione.

Al contrario, allorchè abbia per base la supposizione di essersi soddisfatta l'obbligazione, come nei casi preveduti dall' art. 2275 c. c. = 2181 ll. cc. e dall' art. 189 c. com. = 195 ll. ecc. com., può l'attore deferire il giuramento al convenuto perchè affermi se abbia pagato il debito ; e per la medesima ragione può farlo interrogare sopra fatti e loro circostanze. Ma precisamente poichè la legge in questi casi riserva specialmente al creditore il dritto di deferire il giuramento al debitore, non puossi dire con esattezza che negava l'azione in giudizio; e da un'altra banda devesi da ciò concludere che quando venga opposta la prescrizione di anni trenta, non vi è luogo a deferire il giuramento a chi l'opponi, nè a farlo interrogare sul fatto del debito.

Si potrebbero ancora arrecare altri esempj di casi in cui non vi è luogo a deferire il giuramento, perchè la legge nega l'azione in giudizio, o, lo che si riduce allo stesso nella sua idea, l'accorda accordando nel tempo stesso all'altra parte una eccezione perentoria, per eliminarne gli effetti in modo assoluto ; ma torneremo a parlare di ciò trattando *del Giuramento*.

415. La limitazione risultante da questi termini, *salvo cioè che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale*, non potendo dunque applicarsi a questi casi, non vi sono più se non gli atti dichiarati nulli dalla legge, sul fondamento di una

presunzione , che possono formar l'oggetto di questa limitazione ; ed in ciò consiste principalmente il dubbio che offrono le parole della seconda parte del nostro articolo.

Nei casi , per esempio , di disposizioni dichiarate nulle dalla legge , come presunte fatte ad incapaci di ricevere dal donante o testatore per mezzo di persone interposte , può mai deferirsi il giuramento dal donatario o legatario all'erede del disponente , perchè dichiararsi se mai stimi nella sua anima e coscienza che a lui e non già all'incapace il donante o testatore volle donare ? può mai farlo interrogare a tal riguardo ? È indubitato , di non poter egli fare la pruova contraria alla presunzione , poichè la legge non la riservò in questo caso : non trattasi per altro della pruova contraria , ma soltanto del giuramento e della confessione giudiziaria.

Se mai debbasi risolvere la quistione per la negativa in questi ed altri simili casi , in cui la legge , sul fondamento di una presunzione annulla l'atto senza riservare la pruova contraria , siffatte espressioni , *salvo ciocchè si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziaria* , non avranno effettivamente alcun senso , alcuna applicazione , poichè ; come lo abbiamo pocanzi dimostrato , non ne possono avere circa ai casi in cui *la legge nega l'azione in giudizio*. Ora , si dirà , è impossibile l'intendere una legge in modo che non produca alcun effetto. Altronde il giuramento può essere deferito sopra qualsivoglia specie di controversia (art. 1358 c. c. =

Tit. III. *De' contratti o delle oblig. conv.* 449
1312 ll. cc.), ancorchè non esista alcun principio
di pruova della dimanda o dell'eccezione su cui è
chiesto; art. 1360 c. c. = 1314 ll. cc.

Nulladimeno noi non sapremmo opinar così: cre-
diamo che questa limitazione debbe applicarsi ai
casi soltanto in cui la legge non abbia sul fonda-
mento della sua presunzione pronunciato essa me-
desima la nullità dell'atto, o negata l'azione in
giudizio, e che unicamente per una mancanza di
attenzione da parte de' compilatori del Codice, essa
si riporti nell'articolo ai casi contrarj.

In effetti, tostochè la legge, sul fondamento del-
la presunzione, ha pronunciato la *nullità* di un
atto, e non riservato la pruova contraria alla
presunzione, egli è perchè volle stabilire una nulli-
tà assoluta: or una nullità di questa specie non
può essere più impugnata con deferirsi il giuramen-
to se non con una pruova contraria, tanto più che
la delazione del giuramento è pur essa una specie
di pruova, o almeno ne fa le veci.

In vano si opporrebbe di aver la legge dichiarato
nulla la donazione fatta ad un individuo da essa
reputato persona interposta, sol perchè presume
che questa donazione fosse fatta in realtà ad un in-
capace, ma che quante volte si ha la certezza del
contrario, stante il rifiuto della parte che oppone
la nullità a prestare il giuramento deferitole, non
essendo più applicabile il motivo della legge, non
deve aver luogo la nullità: si risponderebbe che
la legge in questa materia non prese in considera-

zione ciocchè potrebbe talora avvenire nel caso da essa preveduto, ma ciocchè accade più ordinariamente; ed è questa la ragione per cui non riserbò alcuna pruova contra la sua presunzione e contra gli effetti che vi annesse.

Avremmo voluto che si fosse da essa riserbata questa pruova (1), determinandone tuttavolta le condizioni in severo modo, affinchè non potessero eludersi le sue disposizioni; ma in fine essa non lo fece Pronunciò la nullità assolutamente; e tuttavolta nel tale o tal caso, la pruova contraria, al pari del rifiuto di prestare il giuramento, avrebbe potuto dimostrare che il donante volle in realtà donare al donatario nominato nell'atto, e non già all'incapace.

Ed appunto così la legge generalmente procedè quando, sul fondamento di una presunzione, espressa oppur no nella disposizione, annulla taluni atti. Ebbe essa presente la regola del dritto romano: *Ad ea potius debet optari jus quæ et frequenter, et facile, quam quæ perraro eveniunt*; l. 5, ff. de legibus.

Casa Regis, la cui dottrina sembra che i compilatori del Codice abbiano sancita nella seconda parte del nostro art. 1552 c. c. = 1306 ll. cc., come benissimo osserva Toullier, dice in modo generale che quando una legge o uno statuto locale annulla qualche atto, colla mira di prevenir le

(1) Tanto noi già dicemmo nel tomo VIII, n.º 268.

frodi cui esso potrebbe dar luogo, l'atto è nullo, ancorchè fosse *provato* di essersi fatto senza frode, sol perchè se ne poteva commettere: *Ubi aliqua lex vel statutum annullans aliquem actum, editum fuit, ad removendas omnes fraudis occasiones, comprehendit etiam casum in quo constaret nullam fraudem fuisse commissam; quia lex aut statutum providens in genere ad obviandas fraudes, non est restringendum ad eos casus tantum in quibus fraus commissa est, sed ad omnes alios extenditur in quibus, licet nulla fraus commissa fuerit, committi poterat; Disc. 8, n.º 12, tomo I, pag. 50 ediz. di Firenze 1719.*

Presumendo che un interdetto per demenza non godeva della sua ragione al momento in cui stipulò atti, la legge gli annulla di pieno dritto (art. 502 c. c. = 425 ll. ec.); e indubitatamente colui il quale contrattò col l'interdetto non sarebbe ammesso a provare contro questa presunzione, che l'interdetto godeva della sua ragione al momento dell'atto, che era in un intervallo perfettamente lucido. Non potrebbe di vantaggio deferire il giuramento su questo punto all'interdetto medesimo, il quale dimandasse la nullità dell'atto dopo essere stato tolto dall'interdizione.

Ed abbenchè numerosi esempj attestino che la maturità di ragione abbia anticipato in alcuni esseri privilegiati l'epoca ordinaria in cui la legge la *presume* compiutamente formata, l'atto stipulato da un individuo durante la sua *minore età legale*

non sarebbe meno rescindibile per causa di lesione, ancorchè l'altra parte allegasse che l'individuo con cui egli contrattò non debb'essere considerato come un minore ordinario, atteso le prove evidenti che aveva già della sua rara intelligenza nel tempo in cui aderì all'atto in quistione. Un Pico della Mirandola, per esempio, le cui vaste cognizioni, lo spirito e la ragione furono sì precoci, avrebbe potuto dimandare come ogni altro, e nei medesimi casi, la rescissione o la nullità dell'atto che avesse formato in minore età. Perchè mai ciò? perchè la legge, quando trattossi di regolare la capacità delle persone, non potè procedere che per via di disposizioni generali applicabili in conseguenza a tutti gl'individui i quali si trovassero nella classe di coloro che essa ebbe in mira: non potè seguire ciascun di loro in particolare.

Nel caso preveduto dall'art. 1597 c. c. = 1442 U. cc. il giudice o l'avvocato che siasi rénduto cessionario di un dritto litigioso offrirebbe in vano, per esimersi dalla nullità pronunciata in questo articolo, di provare che non accettò la cessione con rei disegni, che essa non nuocerà in cosa alcuna al debitore; deferirebbe anche in vano il giuramento su questo punto; la legge pronuncia la nullità in assoluto modo; e si citerebbero moltissimi casi simili.

Quindi la disposizione dell'art. 1558 c. c. = 1312 U. cc. la quale dichiara di potersi deferire il giuramento sopra qualsivoglia specie di controversia, non è talmente assoluta da non soffrire alcuna ec-

cezione: al contrario ne soffre parecchie, che saranno da noi spiegate quando esamineremo questo articolo, non applicandosi particolarmente ai casi in cui, come nella specie, l'atto essendo nullo per legge, non trattasi di provare le disposizioni e convenzioni che racchiude; imperocchè non perdiamo di mira di essersi istituito il giuramento sol come mezzo di pruova.

416. In breve, 1.^o chi ha una presunzione legale a favor suo è dispensato dal provare la illazione che la legge ne desume per riguardo al fatto ignoto: ha soltanto l'obbligo di provare di sussistere la presunzione e di applicarsi a lui;

2.^o Allorchè la legge, stabilendo una presunzione, non annulla un atto, sul fondamento di questa presunzione, e nettampoco nega l'azione in giudizio, la pruova contraria è generalmente di dritto: non verrebbe essa eliminata se non quando la legge l'avesse esclusa, altrimenti ha luogo, sia che l'abbia oppur no la legge specialmente riservata; ma non si amministrerà che uniformemente alle regole sulle pruove;

3.^o Nei casi in cui la legge sul fondamento di una presunzione, espressa oppur no, nega l'azione in giudizio, o accorda al convenuto una eccezione che la rende assolutamente inefficace, come la prescrizione ordinaria, generalmente non ha luogo la pruova contraria alla presunzione, avendo luogo sol quando la legge l'abbia riservata; ma allora n'è motivo che la legge non nega realmente l'azione in giudizio;

4.º Nei casi in cui la legge annulla l'atto sul fondamento della presunzione, non vedesi che abbia riservata la pruova contraria: soltanto la parte a cui viene opposta la nullità può distruggere l'*assertiva* della presunzione, provando di non essere il caso preveduto dalla legge; e spetta anche generalmente a chi invoca la presunzione il provare che essa esiste e che si applica a lui: sino a questa pruova, l'altra parte non può dir cosa alcuna;

5.º In questi medesimi casi, nonchè in quelli nei quali la legge nega l'azione, o l'accorda con una eccezione perentoria a favore dell'altra parte, in generale non può deferirsi il giuramento stesso per distruggere la presunzione, ed escludere così la nullità; e nettampoco vi è luogo all'interrogatorio sopra fatti e loro circostanze: se avvi eccezioni, sono rare. La restrizione che concerne il giuramento e la confessione giudiziaria non è applicabile se non agli altri casi di presunzioni legali; ma lo è a questi casi quando anche la legge non abbia specialmente riserbata la pruova contraria; è pur questa l'ipotesi che si ebbe in mira nell'articolo, e che sventuratamente non fu espressa con quella chiarezza che bisognava.

417. Ciò posto, vediamo ora i casi in cui sussiste la presunzione legale.

Tratteremo in un paragrafo a parte dell'autorità della cosa giudicata, la qual materia richiede estesi sviluppiamenti.

E parleremo poscia delle presunzioni rimesse alla prudenza del magistrato.

§ I.

Delle presunzioni stabilite dalla legge.

SOMMARIO.

418. Testo dell' art. 1350 c. c.
419. Atti di donazioni che la legge riguarda come fatti in frode delle sue disposizioni, attesa la loro sola qualità.
420. Atti formati da un debitore fallito, ed annullati sul fondamento della medesima presunzione, ma taluni con certe restrizioni.
421. Cessioni di dritti litigiosi presunti fatti colla mira di nuocere, o come potendo nuocere alla parte contro la quale esse sono fatte.
422. La disposizione dell' art. 472 c. c. ha puranche per base una presunzione legale.
423. Avvien lo stesso della proibizione del contratto di vendita in generale tra coniugi.
424. E della disposizione dell' art. 2078 c. c.
425. Esemplj di alcuni casi in cui la legge fa risultare la proprietà da talune determinate circostanze.
426. Presunzioni di proprietà risultanti dal possesso.
427. La prescrizione ad effetto di acquistar la proprietà può anche considerarsi come basata sopra una presunzione.
428. L' art. 1402 c. c. contiene eziandio una presunzione legale riguardante la proprietà.
429. L' art. 533 c. c. contiene similmente presunzioni di proprietà.
430. Diversi casi in cui la liberazione risulta da talune presunzioni della legge.
431. Altro caso.
432. Presunzioni di liberazione stabilite da talune leggi romane che non avrebbero assolutamente il medesimo effetto vigente il Codice.
433. Continuazione.
434. La prescrizione ad effetto di liberarsi è generalmente basata sopra una presunzione.
435. La legge ha stabilite presunzioni in casi diversi da quelli che sono compresi nell' art. 1350 c. c.
436. L' art. 1.º c. c. ne offre una.
437. La quale potrebbe essere impugnata in certi casi.

456 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

438. Gli art. 312 e 313 c. c. ne offrono pure.

439. Nonchè gli art. 720, 721 e 722 c. c.

440. E l'art. 1082 c. c.

441. E l'art. 1064 c. c.

442. *Rimessione ad altre parti dell'opera per queste diverse presunzioni.*

443. L'art. 117 c. com. stabilisce similmente una presunzione legale.

444. *Dicasi lo stesso dell'art. 638 di quel Codice.*

445. L'art. 1733 c. c. può anche considerarsi, sino ad un certo segno, come basato sopra una presunzione.

418. La presunzione legale, abbiamo detto, è quella che una legge speciale attribuisce a taluni atti o fatti: tali sono, dice l'art. 1350 c. c. = 1304 ll. cc.:

« 1.º Gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità, perchè li presume fatti in frode delle sue disposizioni;

« I casi nei quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulti da alcune circostanze determinate;

« 3.º L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata;

« 4.º La forza che la legge dà alla confessione o al giuramento della parte ».

Parleremo nel paragrafo seguente dell'autorità della cosa giudicata: nelle due sezioni che trovansi qui appresso tratteremo della confessione della parte e del suo giuramento. Qui rimembreremo i principali casi ai quali si applicano le sopraccennate due prime disposizioni.

419. La legge riguarda come fatte in frode delle

sue disposizioni le liberalità fatte con atti tra vivi o per testamento, ai padri, alle madri, ai figli e discendenti, o al coniuge di una persona incapace di ricevere dal donante o testatore: in conseguenza le dichiara nulle; art. 911 c. c. = 827 ll. cc. Essa *presume* di essersi fatte a vantaggio dell' incapace stesso per mezzo di una di queste persone, che suppone di essersi interposte per ricevere il dono e consegnarglielo, o essere stata scelta dal disponente in considerazione soltanto dell' incapace: quantunque potesse altronde benissimo avvenire in un dato caso di essersi realmente voluto donare alla persona nominata nell'atto. Ma è tale il rigore della disposizione della legge, che avendo essa avuto in vista ciò che più comunemente accade, e non ciò che può avvenire in qualche caso straordinario, annullò la donazione o il legato, senza riservare la pruova contraria alla presunzione sul cui fondamento dispose; cosicchè questa pruova non potrebbe aver luogo; art. 1352 c. c. = 1306 ll. cc. Molte persone si trovano anche colpite da una incapacità di ricevere la cui causa effettiva non era forse in loro stesse.

L' art. 1100 c. c. = 1054 ll. cc. ci offre una simile disposizione: la donazione tra vivi o per testamento fatta da un coniuge avente figli di un precedente matrimonio, ai figli o ad uno de' figli dell' altro coniuge nati da un altro matrimonio, si reputa fatta a persona interposta, al pari di quella fatta dal donante ai parenti di cui l' altro coniuge

fosse erede presuntivo nel giorno della donazione, ancorchè quest' ultimo non sia sopravvissuto al suo parente donatario.

Esaminammo queste disposizioni nel titolo *delle donazioni e de' testamenti*, tomo VIII, n.º 266 e seg., e tomo IX, n.º 828 e seg.; e facemmo osservare di doversi annullare soltanto ciò che il donante o testatore non poteva donare all' incapace; doversi dichiarar valida la donazione sino alla concorrente quantità che poteva donargli; giacchè tutto quello che può dirsi, si è che la donazione vien fatta all' incapace medesimo; ciò è pur quello che legalmente si presume: *or utile per inutile non vitiatur*.

420. È similmente riguardato come fatto in frode delle disposizioni della legge, ed in conseguenza vien dichiarato nullo e senza effetto per riguardo alla massa de' creditori; qualsivoglia atto traslativo di proprietà di beni stabili fatto dal fallito a titolo gratuito nei dieci giorni che han preceduto l'apertura del fallimento; art. 444 c. com. = 436 ll. ecc. com.

Qualsivoglia atto dello stesso genere a titolo oneroso è soltanto soggetto ad essere annullato, sulla dimanda de' creditori, quando sembra ai giudici sospetto di frode; *ibid.*

E qualsivoglia atto o obbligo per fatto di commercio, contratto dal debitore nei dieci giorni che han preceduto l'apertura del fallimento, si presume fraudolento dalla parte del fallito; ed è nullo

allorquando è *provato* che vi è stata frode da parte degli altri contraenti; art. 445 *ibid.* = 437 *ibid.* Quindi non avvi alcuna presunzione a loro riguardo, essendovene soltanto riguardo al fallito; e siccome questa presunzione è semplice, siccome la legge non esclude la pruova contraria, niun dubbio che il fallito possa provare di non aver fatto gli atti o contratto gli obblighi di cui trattasi, colla mira di frodare i suoi creditori. Qualunque somma pagata nei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento per debiti commerciali non iscaduti, si deve restituire (art. 446 *ibid.* = 438 *ibid.*), perchè si *presume* pagata in frode de' dritti della massa de' creditori, per connivenza o favore.

V. ciocchè si disse nel tomo X, cap. III, sez. 6, § 3, circa ai cennati atti.

421. La cessione di dritti litigiosi a favore di una delle persone designate nell'art. 1597 c. c. = 1442 *ll. c.*, e nei casi preveduti in questo articolo, si presume legalmente accettata colla mira di nuocere o come potendo nuocere alla parte contro di cui vien ceduto il dritto; pel qual motivo è nulla. Nei casi degli art. 1699 e 1700 c. c. = 1545 e 1546 *ll. cc.*, e colle limitazioni espresse nell'art. 1701 c. c. = 1547 *ll. cc.*, avvi pure presunzione legale che la cessione possa nuocere alla parte debitrice del dritto litigioso, e questa parte può farsene quietanzare mediante il rimborso del prezzo della cessione.

422. Colla mira eziandio di prevenir le frodi, come già lo abbiám detto, la legge nell'art. 472 c. c.

460 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

= 395 *ll. cc.* dichiara nulla qualunque convenzione seguita fra un minore divenuto maggiore ed il suo tutore, se non sia stata preceduta da un circostanziato rendimento de' conti e dalla consegna de' documenti giustificativi, il tutto comprovato da una ricevuta dell'incaricato dell'esame del conto, dieci giorni almeno prima di tale convenzione. Se non siansi adempite queste formalità, la convenzione si presume fatta in frode del minore divenuto maggiore, ed in conseguenza è nulla, non ostante qualunque pruova contraria alla presunzione.

423. Le vendite fatte tra coniugi, fuori i casi eccettuati dall'art. 1595 c. c. = 1440 *ll. cc.*, si presumono fatte colla mira di procurare vantaggi indiretti; e dicendo questo articolo che non possono aver luogo se non in tai medesimi casi, ne segue che fuori di ciò esse sono nulle. Si dovrebbe nondimeno esaminare se mai sien valide almeno sino alla concorrente quantità di cui il coniuge che ha procurato il vantaggio all'altro poteva disporre a di lui favore; ma non è questo il luogo di discutere tale quistione.

424. L'art. 2078 c. c. = 1948 *ll. cc.* dispone che il creditore non può in mancanza del pagamento disporre del pegno, salvo però a lui il dritto di far ordinare giudizialmente che questo pegno gli rimanga in luogo di pagamento, e sino alla concorrenza del debito, a norma della stima fatta per mezzo de' periti, ovvero che sia venduto all'incanto: è nullo qualunque patto il quale autorizzasse il

creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra prescritte. Queste disposizioni han per oggetto di prevenir le frodi: esse han per base la presunzione che il debitore, stretto dai suoi bisogni, aderisse a' patti che gli diverrebbero funesti colla speranza di potersi liberare alla scadenza e riprendere il suo pegno, la quale speranza sarebbe spesso delusa.

Si arrecherebbero ancora altri esempi di casi in cui la legge, sul fondamento della sua presunzione, annulla l'atto, senza neanche riservare la pruova in contrario; ma questi bastano.

425. Circa a quelli nei quali *essa dichiara la proprietà risultare da talune determinate circostanze*, si può addurre per esempio il caso preveduto nell' art. 654 c. c. = 575 ll. cc., secondo cui è segno che il muro non è comune, quando la sommità di esso da una parte è diritta ed a piombo della sua fronte esteriore, e dall' altra presenta un piano inclinato; come pure quando vi sono da una parte sola o lo sporto del tetto, o cornicioni e mensole di pietra messivi nel costruire il muro. Si *presume* in questi casi che il muro appartenga esclusivamente al proprietario dalla cui parte sono la grondaia o il cornicione o le mensole di pietra. Il fatto noto in questa specie è il piano inclinato, la grondaia, i cornicioni o le mensole di pietra da un solo lato; il fatto ignoto è la proprietà esclusiva; e questo fatto noto induce la conseguenza del fatto ignoto.

Ma tale presunzione, la quale fa cadere quella di non esservi comunione di muro stabilita nel precedente articolo, può anch'essa distruggersi con una pruova contraria risultante da titoli che stabilissero la comunione del muro o anche la proprietà esclusiva in favore dell'altro vicino (1).

Gli art. 666 e 670 c. c. = 587 e 591 ll. cc. contengono presunzioni della stessa natura.

426. Il possesso legale stabilisce una presunzione di proprietà la quale per gl'immobili non può essere distrutta che in petitorio. Quindi essa è di grande importanza, poichè pone a carico dell'avversario la pruova di proprietà. E chi possiede si reputa possedere per sè stesso, fino alla pruova in contrario; come in senso inverso chi ha cominciato a possedere in nome altrui si presume aver continuato a possedere collo stesso titolo, quando non siavi pruova in contrario; art. 2250 e 2251 c. c. = 2136 e 2137 ll. cc.

Il possesso de' mobili vale per titolo, giusta l'art. 2279 c. c. = 2185 ll. cc.; il che vuol dire titolo di proprietà, ed il che esclude la rivendicazione, salvo i casi di perdita, o di furto de' mobili (*ibid.* e art. 2280 c. c. = *ibid.* e 2186 ll. cc.), e salvo puranche quello in cui il possesso fosse in mala fede; art. 1141 c. c. = 1095 ll. cc. Ma la buona fede è sempre presunta; art. 1116 e 2268 c. c. = 1070 e 2174 ll. cc.

(1) V. tomo V, n.º 311.

427. La prescrizione ad effetto di acquistare un immobile può eziandio considerarsi come basata sopra una presunzione di proprietà risultante da talune determinate circostanze. Queste circostanze, nella prescrizione di dieci anni tra presenti e di venti tra assenti, sono il giusto titolo, la buona fede, che sempre si suppone sino alla pruova in contrario, ed il possesso pel tempo determinato dalla legge (art. 2265, 2266 e 2268 c. c. = 2171, 2172 e 2174 ll. cc. insiem combinati); e nella prescrizione di anni trenta, il solo possesso, purchè sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietario; art. 2269 e 2262 c. c. = 2175 e 2168 ll. cc. insiem combinati. Ed in fatti ben si può supporre che il padrone della cosa l'abbia abbandonata.

428. Allorchè due coniugi sono maritati con la regola della comunione, ogni immobile da essi posseduto si *reputa* acquisto di comunione, qualora non sia *provato* che uno di essi ne aveva la proprietà o il possesso legale anteriormente al matrimonio, o che gli sia pervenuto dopo a titolo di successione o di donazione (art. 1402 c. c.), ovvero che l'abbia ricevuto in permuta o acquistato in rinvestimento di uno fra i suoi beni proprj ch'è stato alienato. E ciò ha luogo o che la comunione fosse ridotta ai beni che in essa si acquisteranno, o che fosse comunione ordinaria e legale.

429. Qualunque costruzione, piantagione ed opera sopra un terreno o nell'interno di esso, si *prest-*

464 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

me fatta dal proprietario a sue spese, ed essere di sua appartenenza, finchè non costi il contrario; però senza pregiudizio della proprietà che un terzo vi avesse acquistato o potrebbe acquistare colla prescrizione sia di un sotterraneo inferiore alla casa di altri, sia di qualunque altra parte dell' edificio; art. 553 c. c. = 478 ll. cc.

E la proprietà del suolo *comprende* ugualmente la proprietà della superficie e della parte sottoposta (art. 552 c. c. = 477 ll. cc.), salvo la pruova in contrario, come pocanzi si è detto riguardo ad un sotterraneo inferiore all' edificio altrui, ed il caso in cui i diversi piani di una casa appartengano a più proprietarj (art. 664 c. c. = 585 ll. cc.), nonchè quanto concerne le miniere.

450. Le circostanze determinate che stabiliscono una presunzione di liberazione, sono la restituzione volontaria del titolo originale in iscrittura privata da parte del creditore al debitore: questa presunzione ha benanche la caratteristica di *pruova*; art. 1282 c. c. = 1236 ll. cc.

La tradizione volontaria della prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura di obbligo fa *presumere* la rimessione del debito o il pagamento, ma senza pregiudizio della pruova in contrario; art. 1283 c. c. = 1237 ll. cc.

Ed anche nel primo caso, il creditore può distruggere la presunzione, ed in conseguenza la pruova della liberazione risultante dal possesso del titolo da parte del debitore, provando che questo pos-

sesso dipende da frode o da inganno dal canto di quest'ultimo o di un terzo, ovvero dalla perdita del titolo. *V.* ciocchè si disse a tal riguardo nel tomo precedente, n.ⁱ 361 e seguenti.

431. L'art. 1908 c. c. = 1780 *ll. cc.* contiene puranche una presunzione di liberazione, disponendo che la quietanza data pel capitale senza riserva degl'interessi ne fa *presumere* il pagamento, e produce la liberazione. Nondimeno siccome altro non è questa che una semplice presunzione non del numero di quelle sul cui fondamento la legge annulla taluni atti, o nega l'azione in giudizio, e siccome l'articolo non esclude la pruova in contrario, potrebbe farsi questa pruova, secondo ciò che abbiamo detto nel paragrafo precedente, e deferirsi il giuramento. La pruova in contrario potrebbe benissimo risultare da un atto o da una lettera, in cui il debitore riconoscesse che devè ancora gl'interessi, e che per ragione della tale o tal circostanza egli ha dimandato ed il creditore gli ha dato una quietanza, senza farne la riserva.

432. La legge 24, ff. *de probationibus*, stabilisce una presunzione di liberazione desunta dal fatto che un'obbliganza sia tirata di penna o cassata; essa nondimeno riserva al creditore la pruova che il debito esiste ancora, non ostante questa circostanza. Tale sarebbe il caso in cui provasse in modo evidente di avere un terzo tirato di penna il biglietto o di aver ciò fatto egli stesso per errore, per isbaglio, volendo cancellare un altro che era soddisfatto; ovvero di averlo cassato per effetto di una fro-

de del debitore, o perchè costui gli aveva annunciato un pagamento che egli non ha potuto effettuare. Per esempio, dice Pothier, se il creditore esibisse una lettera, con cui il debitore gli scriveva in questi termini: « Vi rimando il biglietto che
« mi avete rimesso cancellato, stando alla parola
« da me datavi di soddisfarlo; mi duole oltremodo di
« non poterla mantenere in questo momento, ec. », non vi è alcun dubbio che una simile lettera distruggerebbe la presunzione di essersi pagato l'effetto, risultante dal trovarsi il medesimo cancellato.

Il Codice non ispiegasi su tale presunzione: non vi sarebbe al certo alcun ostacolo a dire che il giudice può determinarsi col suo soccorso nel caso in cui il debito non eccedesse 150 franchi; giacchè è questa una gravissima presunzione di fatto della soddisfazione del debito, abbenchè l'obbligazione non sia stata restituita al debitore. Ma ciò non forma oggidì una presunzione legale, poichè il Codice non la stabilisce: or il giudice non è autorizzato a decidersi col soccorso delle presunzioni rimesse alla sua prudenza, se non nei casi soltanto in cui la legge ammette le prove testimoniali; art. 1353 c. c. = 1307 ll. cc.

Ed appunto per questo motivo noi opinammo nel tomo precedente, n.º 370, che le circostanze menzionate nella legge *Procula*, 26, ff. *de probat. et præsumpt.*, e che riguardavansi anticamente come formanti una presunzione di *dritto*, non costituirebbero oggidì se non una di quelle presunzioni

rimesse alla prudenza del magistrato, il quale non potrebbe in conseguenza decidersi col suo soccorso se non nei casi soltanto in cui la legge ammettesse la pruova testimoniale.

Se in effetti dopo la morte di taluno si rinvenga fra le sue carte un' obbliganza cancellata, non dovesi forse supporre che essa intese far remissione del debito, anzichè supporre di averne ricevuto il pagamento? Imperocchè il debitore che paga un' obbliganza se la fa ordinariamente restituire. Or questa remissione, non accettata dal debitore, e che nettampoco è stata fatta nella forma de' legati, è mai efficace? Puossi sostenere di no, come lo dimostrammo nel tomo precedente, n.º 557 (1), dove discutiamo l' opinione di Barbierac, il quale inclina per la validità di una remissione anche non accettata dal debitore, contra il sentimento di Pothier, il quale credeva di esser necessaria l' accettazione allorchè la remissione non sia fatta con atto di ultima volontà.

Del resto la quistione se dal trovarsi cancellata l' obbliganza debba presumersi soddisfatta, dipenderebbe molto dalle circostanze della causa; ma non crediamo che sia questa oggidì una presunzione di dritto; e nondimeno sarebbe questo uno di quei casi in cui il giudice può deferire il giuramento all' uno o all' altra parte, perchè nè la dimanda nè

(1) V. pure tomo VIII, n.º 592 e seguenti.

l'eccezione sarebbe pienamente giustificata, nè totalmente sfornita di pruova.

433. La legge 3, Cod. *de apochis*, stabiliva pure una presunzione legale di liberazione, ma senza riservare, come la legge 24 ff. *de probat. et præsumpt.*, la pruova in contrario. Essa disponeva che le quietanze di tre annate consecutive di tributi o imposizioni stabilivano una presunzione del pagamento delle annate anteriori.

Ed abbenchè fosse stata essa promulgata soltanto pei tributi o imposizioni, la sua disposizione fu nondimeno estesa nella nostra giurisprudenza alle annualità di rendite, sia prediali, sia costituite, sia vitalizie, ai pigioni ed estagli, ed altri simili debiti annuali: attesochè, dicevasi, avvi la medesima ragione che per le imposte; ch'è ordinario il richiedere il pagamento degli antichi debiti maturati prima di richieder quello de' nuovi; che quindi il pagamento delle nuove annualità, parecchie volte ripetuto, deve far presumere quello degli antichi, o la loro rimessione; infine perchè non si debbono costringere i debitori di queste specie di debiti, sotto pena di non essere liberati, a custodire per molto tempo, ed in gran numero, quietanze le quali possono facilmente smarrirsi (1).

Taluni autori riputavano eziandio che la quietanza di una sola annata basti a far presumere il paga-

(1) Perezio, *ad Codicem*, tit. *de apochis*; e Pothier *delle Obbligazioni*.

mento di tutte le precedenti, ma Pothier confutò questo parere; e non puossi anche riguardare oggidì come presunzione di dritto del pagamento delle annate anteriori, la esibizione delle quietanze di tre annate consecutive: non ne può altro risultare che una di quelle presunzioni rimesse alla prudenza del magistrato, la quale non potrebbe in conseguenza servire a risolvere la controversia se non nei casi soltanto in cui fosse ammissibile la pruova testimoniale, salvo al debitore l'opporre la prescrizione stabilita dall'art. 2277 c. c. = 2183 ll. cc. per le annualità maturate da cinque anni al tempo della dimanda.

Ma non sarebbe necessario che vi fossero quietanze di tre annate consecutive per istabilire una presunzione di questa natura: quelle di molte dande, quella anche dell'ultima danda, data senz'alcuna riserva, potrebbe secondo le circostanze somministrare al giudice una presunzione grave, precisa e concordante di essersi soddisfatto tuttociò ch'è anteriormente maturato.

E se la quietanza esibita fosse concepita in termini generali, *per pigioni o annualità maturate*, senza indicazione di un'annata o di una danda alle quali si riferisse, farebbe pruova del pagamento di tutte le dande maturate all'epoca della sua data, giacchè le comprenderebbe tutte implicitamente, secondo ciò che si è detto di sopra n.º 326. E se non fosse datata, si seguirebbero le distinzioni stabilite nel medesimo luogo.

Al contrario quando essa sia con indicazione di un'annata o di una danda, o anche semplicemente di una somma che formasse le annualità di un'annata o di una danda, allora si applica soltanto a quest'annata o a questa danda; e siccome sol per congettura puossi dire di essersi soddisfatte le annate o le dande anteriori, il giudice, il quale non siane sicuro, deve determinarsi col soccorso di questa presunzione nei casi soltanto in cui fosse ammissibile la pruova testimoniale, cioè in casi in cui generalmente la materia del litigio è poco importante.

434. La prescrizione ad effetto di liberarsi ha puranche per base una presunzione di pagamento o di rimessione del debito; ma a tal riguardo è d'uopo distinguere.

Nei casi in cui venga opposta la prescrizione ordinaria di anni trenta, la presunzione della legge, come più sopra lo abbiamo detto, non ammette pruova in contrario, giacchè tale prescrizione fu stabilita pur colla mira di punire la negligenza del creditore; e neanche avvi luogo, per la parte a cui viene opposta, a deferire il giuramento a chi gliela oppone, sul fatto di conoscersi se mai il debito sia stato realmente soddisfatto o rimesso, nè a farlo interrogare a tal riguardo sopra fatti e loro circostanze: la prescrizione ha effetti assoluti, qualora sia in realtà compiuta. Soltanto potrebbe deferirsi il giuramento sulla quistione di sapersi se mai sia stata interrotta alla tale o tal'epoca da una ri-

cognizione del debito, e la parte potrebbe ugualmente essere interrogata intorno a ciò, giacchè non si tratterebbe allora se non di sapere se abbia o pur no luogo la prescrizione, il che è un fatto capace di essere impugnato come un altro. Ma se mai siasi effettivamente compiuta la prescrizione, il debito è estinto in modo assoluto.

In vece che qualora trattasi soltanto di un debito del numero di quelli menzionati negli art. 2271 e' 2272 c. c. = 2177 e 2178 *ll. cc.*, siccome la prescrizione è basata in questi casi sulla presunzione di pagamento, tale presunzione può essere distrutta da una pruova in contrario, risultante da un conto aggiustato, da una polizza o chirografo, o da una citazione giudiziale non perenta (art. 2174 c. c. = 2068 *ll. cc.*), ed anche da una citazione per conciliazione seguita entro il mese da una dimanda giudiziale, a principiare dal giorno della non comparsa o della non seguita conciliazione; art. 57 c. pr.

Allora non avvi più luogo alla prescrizione ordinaria di anni trenta.

Dippiù in questi medesimi casi può il creditore deferire il giuramento al debitore, per sapere se il debito siasi realmente pagato; e può esser deferito alle vedove ed agli eredi, ovvero ai tutori di questi ultimi, se siano minori, affinchè dichiarino se sappiano o no che la cosa sia dovuta; art. 2275 c. c. = 2181 *ll. cc.*

Può del pari deferirsi il giuramento a coloro che

oppongono la prescrizione di anni cinque sulla domanda per pagamento di lettere di cambio e di biglietti ad ordine formati da negozianti, mercanti o banchieri, o per fatti di commercio; e può esserlo benanche alle loro vedove, ai loro eredi o aventi causa da loro, perchè dichiarino che stimano in buona fede di non esser più dovuta cosa alcuna; art. 189 c. com. = 195 ll. ecc. com.

In conseguenza in questi diversi casi coloro ai quali può deferirsi il giuramento possono essere interrogati sul fatto del debito.

455. La legge stabilì presunzioni in casi diversi da quelli che sono espressi nell' art. 1350 c. c. = 1304 ll. cc.; per cui questo articolo arreca sol come esempj quelli che enuncia: *tali sono*, esso dice, ec.

456. In tal modo, secondo l' art. 1 c. c. = 1 ll. cc., la legge *si reputa conosciuta* da tutti i cittadini nel dipartimento della residenza reale trascorso un giorno dopo quello della sua promulgazione; ed in ciascuno degli altri dipartimenti, dopo lo stesso termine colla giunta di altrettanti giorni per quante decine di miriametri sarà distante il capoluogo di ciascun dipartimento dalla città dove è stata fatta la promulgazione.

Il fatto noto, è quello della promulgazione; il fatto ignoto è quello di sapere se il tale o tal cittadino abbia conosciuta la legge all'epoca in cui si reputa che la conobbe, ed è questa una presunzione che niun cittadino potrebbe distruggere, of-

frendo di provare di non aver avuto notizia della legge promulgata nel giorno in cui reputavasi che fosse a sua cognizione.

437. Nulladimeno se il Bullettino delle leggi non avesse potuto giungere entro questo termine nel tale o tal luogo, a motivo di una invasione, di una rivolta, o di provvedimenti sanitarj dati in tempo di peste, o della distruzione de' ponti strascinati da inondazioni, il che ritardò il cammino del corriere, la ragione non permetterebbe che i cittadini di questo luogo fossero puniti per aver contravvenuto ad una legge la quale non potè essere a loro notizia.

438. E come si è detto più sopra, il figlio concepito durante il matrimonio ha per padre il marito: il fatto noto, è il matrimonio della madre col tale uomo; il fatto ignoto, è la paternità di quest' uomo; ma la legge *presume* che la madre non abbia dimenticato i suoi doveri di moglie i quali le imponevano la fedeltà coniugale, giacchè il misfatto non si presume; donde è risultata la *presunzione* di esser nato il figlio per opera del marito. E tale presunzione ammette la pruova contraria sol nei casi specificati dalla legge, e che sono poco numerosi; fuori di ciò, essa è inimpugnabile; art. 312 e 313 c. c. = 234 e 235 ll. cc.

439. Gli art. 720, 721 e 722 c. c. = 641, 642 e 643 ll. cc. ci offrono eziandio esempj di presunzioni legali; e l'art. 784 c. c. = 701 ll. cc. ce ne offre un altro, dicendo che la rinuncia ad una eredità non si *presume*.

440. Avvien lo stesso dell'art. 1082 c. c. = 1038 ll. cc., secondo il quale la donazione che vi è menzionata, abbenchè fatta a favore degli sposi soltanto o di uno di essi, *si presume sempre* fatta a favore dei figli da nascere dal matrimonio, nel caso di sopravvivenza del donante al donatario; ma questa presunzione può essere esclusa con una clausola contraria nel contratto di matrimonio: la legge non vi si oppone.

441. Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre *si reputano* compresi nelle donazioni fra vivi o testamentarie delle stesse terre (art. 1064 c. c. = 1020 ll. cc.); eccetto clausola in contrario.

442. Tutte queste presunzioni furono spiegate a luogo loro: si può ricorrere a ciocchè si disse a tal riguardo. Noi non ne citeremo più che talune.

443. L'accettazione di una lettera di cambio *suppone* la provvista di fondi; essa ne stabilisce anche la *pruova* riguardo ai giranti; art. 117 c. com. = 116 ll. ecc. com.

444. I biglietti firmati da un commerciante *si reputano* fatti pel suo commercio; e quei dei ricevitori, pagatori, percettori, o altri che debbono dar conto di danaro pubblico, si reputano fatti per la loro amministrazione, allora quando non vi sia annunciata alcun' altra cagione; art. 658 *ibid.* = 67 *ibid.*

445. Un fittaiuolo è tenuto per l'incendio, purchè non provi che sia avvenuto per caso fortuito

o forza irresistibile , o per vizio di costruzione , o che il fuoco siasi comunicato da una casa vicina ; art. 1733 c. c. = 1579 ll. cc. N' è motivo di presumersi in qualche modo che l'incendio è avvenuto per suo fatto o per sua negligenza , ovvero pel fatto o per la negligenza delle persone di cui egli è responsabile : *Quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium* ; L. 3, § 1 ff. *de officio Præfectu vigilum*.

Ma questa presunzione , se mai è tale , è stabilita solo in favore del proprietario ; talmentechè il vicino la cui casa sia stata puranche bruciata non potrebbe invocarla, ma dovrebbe provare che l'incendio è provenuto dall' inquilino o dalle persone di cui egli dev' essere responsabile. Avvien lo stesso fra due proprietarj vicini le cui case sieno state consumate da un incendio scoppiato presso uno di loro : perchè l'altro ottenesse una indennità, dovrebbe provarè di essere avvenuto l'incendio per fatto o per colpa del vicino (1). La ragione di differenza si desume dacchè fra il proprietario e l'inquilino avvi un contratto, il quale obbliga quest'ultimo a restituir la cosa, o a giustificare il fatto che ne lo dispensa.

(1) V. tomo VII , n.º 393 , e tomo XII , pag. 181.

§ II.

Dell' autorità della cosa giudicata.

SOMMARIO.

446. L' autorità della cosa giudicata è basata sopra una presunzione legale.

447. Ciocchè essa produce a pro dell' attore il quale ha ottenuto la sentenza.

448. Ed a pro del convenuto che l' ha anch' esso ottenuta.

449. Effetto della cosa giudicata nel dritto romano.

450. Condizione generale perchè l' autorità della cosa giudicata abbia luogo riguardo a colui al quale si oppone la sentenza.

451. Le sentenze provisionali non sono capaci di acquistare l' autorità della cosa giudicata.

452. Nè le sentenze semplicemente preparatorie, eccettochè con la sentenza definitiva.

453. Secus delle sentenze interlocutorie.

454. Le sentenze definitive profferite in contumacia non hanno acquistato l' autorità della cosa giudicata finchè sono capaci di opposizione.

455. Le sentenze definitive contraddittorie in prima istanza, o che han dovuto emettersi in prima istanza, hanno l' autorità della cosa giudicata sol quando non avvi più luogo ad appello.

456. Il dritto di produrre opposizione o di appellare non impedisce l' esecuzione della sentenza, salvo alla parte condannata lo arrestare l' opposizione o l' appello.

457. Il ricorso per cassazione suppone che la sentenza abbia acquistata l' autorità della cosa giudicata, e non sospende l' esecuzione in materia civile.

458. Il ricorso per retrattazione suppone puranche di aver la sentenza acquistato l' autorità della cosa giudicata.

459. L' opposizione di terzo è un rimedio il quale ha per iscopo di escludere l' effetto di una sentenza che abbia ordinariamente acquistato l' autorità della cosa giudicata, ed a cui non siasi intervenuto.

Tit. III. *De' contratti o delle oblig. conv.* 477

460. *L'effettor delle sentenze arbitramentali rentute esecutorie è generalmente lo stesso.*

461. *Perchè esista l'eccezione, bisogna che la cosa dimandata sia la stessa; ma le modificazioni che avesse subito non impedirebbero che fosse la stessa.*

462. *Chi ha inutilmente dimandato una cosa non può in generale dimandarne poi una parte: esempio.*

463. *Diversi altri esempj.*

464. *Chi ha dimandato da principio inutilmente una parte di una cosa, più non può domandare la cosa stessa.*

465. *Chi ha dimandato inutilmente una cosa può dimandarne poi l'usufrutto, senza temere l'eccezione della cosa giudicata.*

466. *Continuazione della proposizione.*

467. *Una persona la cui dimanda di un dritto di usufrutto è stata dichiarata mal fondata, può ancora pretendere che abbia il dritto di uso.*

468. *Chi è rimasto succumbente in possessorio può agire in petitorio; sed non vice versa, tranne per nuovo possesso.*

469. *Il rigetto della dimanda d'interessi non impedisce di formar dimanda del capitale.*

470. *La sentenza che ha pronunziato sopra un fatto personale a qualcuno non impedisce l'azione contra il suo erede per un fatto simile, benchè riguardante la stessa cosa.*

471. *Chi ha dimandato una intera eredità può, abbenchè succumbente, ottenerne parte.*

472. *Distinzione del dritto romano tra l'azione reale per rivendicazione e le azioni personali, che non ha più importanza oggidì.*

473. *La scoperta di documenti, anche decisivi, non ritenuti da colui che ha ottenuto la sentenza, non dà luogo nè a ricorso per ritrattazione, nè a nuova azione.*

474. *Ma le quietanze hanno effetto.*

475. *Perchè vi sia luogo all'eccezione della cosa giudicata, bisogna che la nuova dimanda abbia per fondamento la medesima ragione della prima: esempio.*

476. *Altro esempio.*

477. *Chi è stato escluso per non avere allora la tale qualità, può rinnovare la sua dimanda quando l'abbia acquistata: diversi casi.*

478. *E vice versa chi ha ottenuto congedo da una dimanda sol perchè non aveva allora la tale qualità, può essere astretto di nuovo se l'abbia acquistata dopo: esempio.*

478 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

479. *Altro esempio.*

480. *Per massima, l'eccezione della cosa giudicata può essere op-
posta benchè l'azione sia diversa, e la causa è la stessa.*

481. *Continuazione ed altro esempio.*

482. *Continuazione ed altro esempio.*

483. *Ed avvien lo stesso se la quistione siasi giudicata sopra una
eccezione pregiudiziale.*

484. *Continuazione ed altro esempio.*

485. *Continuazione ed altro esempio.*

486. *Ma i tribunali civili non sono sempre vincolati da una deci-
sione emessa dai tribunali criminali; casi in cui lo sono.*

487. *Caso in cui i tribunali criminali neanche debbono giudicare
finchè i tribunali civili non abbiano pronunciato.*

488. *Caso in cui la decisione in linea criminale non ha influenza
in linea civile.*

489. *Specie in cui la sentenza in linea criminale non influì pure
in linea civile.*

490. *L'assoluzione di un accusato di falsità è mai di ostacolo ai
tribunali di annullar l'atto come falso, o come sformito di causa?
Specie giudicata dalla Corte di cassazione.*

491. *Altro caso simile.*

492. *Proseguimento della quistione.*

493. *Continuazione.*

494. *In senso inverso, chi è etato condannato come reo di falsità,
può egli ancora rimettere in quistione la sincerità dell'atto innanzi
ai tribunali civili?*

495. *Proseguimento della quistione pel caso in cui il convenuto
non si fosse costituito parte civile in giudizio criminale, e risolu-
zione per la negativa anche in questo caso.*

496. *L'accusato assoluto da un misfatto o da un delitto non può
essere astretto innanzi ai tribunali civili dalla persona che si pre-
tende lesa, e che non si è costituita parte civile.*

497. *Ma l'accusato condannato può essere convenuto avanti ai
tribunali da colui che non si è costituito parte civile nel giudizio
criminale.*

498. *La cosa giudicata fa legge sol tra coloro che intervennero
nella sentenza.*

499. *E procedendo nelle stesse qualità.*

500. *Il defunto ed il suo erede si reputano formare una sola e
medesima persona, allorchè l'erede procede in una qualità simile a
quella assunta dal suo autore.*

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 479

501. *Medesima cosa circa ai legatarj e donatarj universali o a titolo universale.*

502. *La qualità di erede beneficiato non cambia menomamente queste regole.*

503. *Casi nei quali ciò ch'è giudicato col marito per riguardo ai beni della moglie, si reputa giudicato con lei tanto attivamente che passivamente.*

504. *Le sentenze profferite col tutore di un minore o di un interdetto, o con un mandatario o altro rappresentante nei limiti del loro potere, si reputano profferite col rappresentato.*

505. *Richiamo di diverse risoluzioni date precedentemente.*

506. *In generale nelle azioni reali la sentenza emessa pro o contra l'autore si reputa eziandio emessa pro o contra il successore alla cosa anche a titolo particolare.*

507. *Secus se il dritto del terzo detentore o di un creditore ipotecario fosse anteriore alla dimanda: almenò essi potrebbero produrre opposizione di terzo alla sentenza.*

508. *Proseguimento della proposizione.*

509. *Effetto della sentenza emessa a pro del venditore o del donante d'immobili sotto condizione, e contra un terzo.*

510. *Ed effetto della sentenza profferita contro di essi, nel caso in cui siasi verificata la condizione.*

511. *Effetto della sentenza emessa a favore del donatario o dell'acquirente, o contro di lui, nel caso in cui la condizione fosse risolutiva, e la condizione siasi di poi verificata.*

512. *E di quella emessa pro o contra l'erede, per riguardo a beni legati sotto condizione, e mentrè la condizione era ancora in sospeso.*

513. *La sentenza profferita contra il successore non può mai essere opposta all'autore: esempio desunto dal dritto romano.*

514. *Specie diversa, ricavata anche dal dritto romano.*

515. *La sentenza la quale ha rigettato la dimanda da me prodotta contra uno degli credi del mio debitore, non m'impedisce di formarne una simile contra il suo coerede; e neanche impedisce al mio coerede di dimandare la sua parte a questo erede.*

516. *La sentenza profferita contra un legatario, anche sulla validità del testamento, non può essere opposta agli altri legatarj.*

517. *Quella emessa a pro del debitore sul fatto stesso del debito, giova al garante.*

518. *Ma quella profferita contro del garante non nuoce al debito-*

480 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

re; e se mai sia stata profferita a vantaggio del garante, giova al debitore, con talune distinzioni.

519. Quella ottenuta da uno de' debitori solidali sul giuramento da lui prestato intorno al fatto stesso del debito, o che lo ha dichiarato soddisfatto o prescritto, giova agli altri.

520. Quella che vien profferita contra uno de' debitori non nuoce ai condebitori.

521. Effetti della sentenza emessa pro o contra uno de' creditori solidali.

522. Effetto della sentenza ottenuta da un creditore ipotecario, di terz' ordine, contra il primo.

523. E di quella ottenuta contra uno de' due possessori di un fondo in comune.

524. Specie singolare decisa dalle leggi romane.

525. La sentenza emessa contra una persona come erede di un tale non impedisce a questa persona di pretendere, circa ad un'altra causa, o riguardo ad altri creditori, non essere erede.

526. Qual sia in materia di filiazione l'effetto dell'autorità della cosa giudicata.

527. Continuazione.

528. Ed in materia di servitù.

Osservazioni generali.

446. L'autorità della cosa giudicata ha per fondamento una presunzione legale di esser vera la cosa decisa dalla sentenza.

Ed in effetto la sentenza è semplicemente dichiarativa del fatto in conseguenza del quale fu profferita, o che abbia pronunciata una condanna, o che abbia dato congedo dalla dimanda.

Ben può non essere la verità, mentre il giudice è uomo e può ingannarsi; ma la sua sentenza vien dalla legge riputata la verità stessa: *Res judicata*

pro veritate accipitur (1). Questa regola è una delle più solide basi della civil società: altrimenti ogni cosa potrebbe riporsi ognora in dubbio; le liti sarebbero senza fine, e le famiglie non avrebbero sicurezza alcuna. Se il giudice potè ingannarsi, potè anche giudicar con saviezza; e chi mai potrebbe assicurare che una nuova sentenza da lui o da un altro giudice profferita, sarebbe migliore? *Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur: parere ergo exceptionem rei judicatæ, frequens est; l. 6, ff. de except. rei jud.*

447. L' autorità della cosa giudicata produce a vantaggio dell' attore, se la sentenza siasi pronunciata a suo pro, il dritto di ottenere, mediante le vie di esecuzione stabilite dalle leggi sulla procedura, l' oggetto il quale ha costituito il giudizio. Ciò vien chiamato l' azione *judicati* (a).

(1) L. 207, ff. de regul. juris.

(a) Sebbene l' autorità della cosa giudicata venga ordinariamente considerata come una eccezione, prende non pertanto il carattere di azione, semprechè si tratta dell' esecuzione della sentenza tra le parti nel cui interesse è stata pronunciata. *Judicati actio* (è detto nella legge 6 ff. de re judic.) *perpetua est, et rei persecutionem continet*. Il quasi contratto giudiziario e la decisione ha impresso alla cosa giudicata il carattere e la forza di un' obbligazione perfetta, mercè della quale il vincitore senza rimontare alla causa del suo titolo, si rivolga per la consecuzione dei suoi diritti in linea di esecuzione contro l' avversario. *Sunt hujus actionis* (dice Vinnio partit., lib. 4 cap. 49) *multa commoda, quæ vetus actio non habuit, quorum unum*

448. Se la sentenza sia profferita a vantaggio del convenuto, ne risulta una eccezione o mezzo d'inammissibilità, *exceptio rei judicæ*, contra ogni nuova dimanda che fosse formata contra di lui per lo stesso oggetto e per la medesima causa, da parte del suo avversario; e per tale riguardo l'autorità della cosa giudicata è un modo con cui si estinguono le obbligazioni.

449. Nelle regole del dritto romano, la sentenza emessa a pro dell'attore produceva a favor suo l'azione *judicati*; e quella che dava congedo al convenuto produceva l'eccezione *rei judicatæ*: non liberava di pieno dritto il debitore; l'azione che esisteva contro di lui non era estinta perciò; egli avrebbe potuto essere astretto di nuovo, ma la sentenza gli dava una eccezione, *exceptio rei judicatæ*, mediante la quale escludeva ogni nuova dimanda formata per lo stesso oggetto, in virtù della stessa cagione, e della stessa persona o suo erede. Ma queste regole sono estranee al nostro dritto, e nelle medesime leggi romane ciò in sostanza si riduceva, almeno in generale, a quistioni di procedura.

450. Perchè abbia luogo l'autorità della cosa giudicata, è necessario il concorso delle seguenti circostanze:

1.º La sentenza non dev'essere capace di riforma con uno de' rimedj legali ordinarij, e bisogna pure

et præcipuum est, quod quodammodo paratam habeat executionem: nam cum in ea nihil aliud quærat, quam an judicatum sit hoc, quod non est difficile, probato, res statim mandatur executioni. TRAD.

Tit. III. *De' contratti o delle oblig. conv.* 483
che non sia stata riformata con uno de' rimedj straordinarj ;

2.^o Bisogna che la cosa la quale è l'oggetto della nuova dimanda sia la stessa che quella su cui la sentenza ha pronunziato ;

3.^o Che la nuova dimanda sia fondata sulla medesima causa della prima ;

4.^o Che sia tra le medesime parti, loro eredi o aventi causa, e formata da esse e contro di esse nelle medesime qualità ; art. 1351 c. c. = 1305 ll. cc., esaminato e combinato con le disposizioni del Codice di procedura.

Spieghiamo man mano ciascuna di queste condizioni : esse presentano molti gravi dubbj, e questo solo articolo 1351 del Codice civile non è che il sunto di numerose disposizioni del dritto romano.

1.^a CONDIZIONE: *Che la sentenza opposta non sia capace di riforma coi rimedj ordinarij, e che non sia stata riformata con alcun rimedio straordinario.*

451. Poichè bisogna che la sentenza non sia capace di riforma coi rimedj ordinarij, segue da ciò che una sentenza semplicemente provvisoria non può mai considerarsi come avente acquistata l'autorità della cosa giudicata. V. l'arresto del 27 febbrajo 1811; *Sirey*, tomo XII, part. 1, pag. 249.

452. Vieppiù una semplice preparatoria, cioè che ordina semplicemente un mezzo d'istruzione il qua-

★

le non è in alcun modo di pregiudizio al merito della causa (art. 452 c. pr. = 516 ll. pr. civ.), nettampoco può acquistare da per sè stessa l'autorità della cosa giudicata, non potendolo se non colla sentenza diffinitiva; imperciocchè non solo il giudice può abolirla di moto proprio, ed ordinare un altro modo d'istruzione che gli sembrerà più convenevole (1), ma ancora se ne può ammettere l'appello con l'appello della sentenza diffinitiva, abbenchè si fosse eseguita senza proteste o riserve; art. 451 *ibid.* = 515 *ibid.*

453. Circa alle sentenze interlocutorie, le quali si profferiscono ugualmente *prima della decisione diffinitiva*, e con cui il tribunale ordina una prova, una verificazione o una istruzione, ma che è di pregiudizio al merito (art. 452 c. pr. = 516 ll. pr. civ.), possono benissimo acquistar l'autorità della cosa giudicata se la parte vi aderisca o non ne appelli entro i termini. E differiscono eziandio dalle semplici sentenze preparatorie, in quanto che se ne può interporre appello prima della sentenza diffinitiva (art. 451 c. pr. = 515 ll. pr. civ.), ed in quanto che contenendo un dritto, un vantaggio per la parte che le ha ottenute, il giudice non può sempre riformarle per inteprendere un'altra via d'istruzione. Per esempio, allorchè il tribunale in vista della dimanda di una parte, abbia ordinata la prova testimoniale, crediamo che non

(1) L. 14; ff. *de rei judicata.*

possa revocare la sua sentenza a tal riguardo. Avverrebbe altrimenti se, in conformità dell' art. 254 c. pr. = 349 ll. pr. civ., avesse ordinato di officio questa pruova. Parleremo in appresso delle sentenze interlocutorie *pregiudiziali*.

454. Le sentenze definitive profferite in contumacia non hanno l' autorità della cosa giudicata finchè sono capaci di opposizione, non monta se siano oppur no soggette ad appello.

455. E circa alle sentenze in contraddittorio legalmente profferite in prima istanza soltanto, o che i giudici, i quali non potevano pronunciare se non in prima istanza, omisero di qualificare, esse hanno acquistato forza di cosa giudicata sol quando non sono più capaci di appello, o perchè la parte condannata vi abbia aderito, o perchè sia trascorso il termine dell' appello, o infine perchè sieno state confermate in grado di appello.

Diciamo *legalmente profferite in prima istanza*, giacchè quantunque i giudici avessero qualificata in prima istanza, o pure omissa di qualificare, una sentenza la quale doveva profferirsi in prima istanza, non ne sarebbe per ciò ammissibile l' appello; come *vice versa* sarebbe ammissibile l' appello contra una sentenza che i giudici non potevano profferire se non in prima istanza soltanto, e che avessero qualificato in ultima istanza, ovvero omissa di qualificare (art. 453 *ibid.* = 517 *ibid.*); salvo, per ciò che concerne l' esecuzione, le disposizioni dell' art. 457 *ibid.* = 521 *ibid.*

456. Ma dall'essere una sentenza capace di opposizione o di appello, e dal non avere per questo motivo acquistato ancora l'autorità della cosa giudicata, dal non *essere passata in giudicato*, non ne consegue che la parte da cui si è ottenuta non possa porla in esecuzione: essa lo può trascorsi i termini stabiliti dalla legge a questo effetto (art. 155 e 450 *ibid.* = 249 e 514 *ibid.*); salvo alla parte condannata l'arrestare l'esecuzione con la sua opposizione (art. 161 e 162 *ibid.* = 255 e 256 *ibid.*), o col suo appello, il quale per massima è sospensivo; art. 457 c. pr. = 521 *ll. pr. civ.* Avviene lo stesso de' casi in cui il giudice è dalla legge autorizzato a pronunciare l'esecuzione non ostante l'opposizione o l'appello; succitati art. 135, 155 e 457.

Ma questo dritto di porre in esecuzione non fa che la sentenza sia passata in giudicato; il che non può dirsi con esattezza di una sentenza finchè possa riformarsi con uno de' rimedj legali ordinarij, cioè coll'opposizione o coll'appello, ma soltanto con una sentenza che non possa riformarsi coi rimedj ordinarij.

457. Ma il ricorso per cassazione non essendo sospensivo in materia civile (1), la sentenza o decisione contro di cui siasi prodotto non lascia di aver l'autorità della cosa giudicata, ancorchè il ricorso sia stato ammesso dalla sezione de' ricorsi: la sola cassazione della decisione è quella che fa

(1) Salvo ciò che era stabilito dall'art. 265 del Codice per la pronunziazione del divorzio da parte dell'uffiziale dello stato civile.

perdere alla sentenza tale effetto. Quindi il ricorso per cassazione è un rimedio straordinario per impugnare le sentenze.

458. Il ricorso per ritrattazione n'è un altro, e s'impugnano con questo rimedio le sentenze in contraddittorio profferite in ultima istanza, o le decisioni delle Corti reali emesse sull'appello da queste sentenze, nonchè le sentenze anche in ultima istanza, o decisioni; rendute in contumacia, e che non ammettono opposizione. E questo rimedio è concesso a quei soli che furono parti o vennero debitamente citati, e soltanto per le cause specificate dalla legge; art. 480 *ibid.* = 544 *ibid.* Esso nettamente toglie alla sentenza o alla decisione l'autorità della cosa giudicata finchè non sia ritrattata; non ne sospende l'effetto o l'esecuzione, e non può concedersi alcuna inibitoria di eseguirla. Che anzi la parte condannata a rilasciare un fondo non potrà essere ammessa allo sperimento dell'implorato rimedio se prima non proverà di essere stata eseguita la sentenza principale (art. 497 *ibid.* = 561 *ibid.*); il che non è richiesto, anche in questo caso, per ammettersi il ricorso per cassazione. Il ricorso per ritrattazione s'introduce avanti il tribunale stesso che ha profferito la sentenza impugnata, e possono anche i medesimi giudici deciderne; art. 490 *ibid.* = 554 *ibid.*

459. L'opposizione di terzo è pure un rimedio straordinario d'impugnare le sentenze. Essa è ac-

cordata a colui ai dritti del quale un giudicato pregiudica, ed a cui nè egli nè coloro che rappresenta sono stati citati; art. 474 *ibid.* = 538 *ibid.* L'opposizione di terzo si forma dunque da un terzo, e suppone generalmente che la sentenza impugnata con questo rimedio sia stata profferita in ultima istanza, o che, profferita in prima istanza soltanto, si trovi passata in giudicato; giacchè se fosse ancora appellabile, il terzo potrebbe ancora appellarne, mentre, giusta l'art. 466 *ibid.* = 530 *ibid.*, sarebbe ricevuto il suo intervento in appello; il che formerebbe un vero appello da parte sua. Per la medesima ragione potrebbe produrvi semplici opposizioni, se la sentenza fosse stata in contumacia, e non fossero ancora trascorsi i termini dell'opposizione. Non si possono ragionevolmente negare i rimedj ordinarij a colui al quale la legge ne accorda uno straordinario.

Ma siccome l'autorità della cosa giudicata ha luogo soltanto tra coloro che furono citati nella causa, o in propria persona o per mezzo de' loro autori, sia come parti principali, sia come parti intervenienti, e quindi solo ad essi può opporsi la sentenza, è raro che si abbia bisogno di formare opposizione di terzo ad una sentenza nella quale non s' intervenne. Ciò addiverrà vieppiù manifesto collo sviluppare che faremo la materia.

460. Quanto abbiain detto delle sentenze si applica in generale alle sentenze degli arbitri; ma perchè esse producano il loro effetto, bisogna che

Tit. III. *De' contratti o delle oblig. conv.* 489
sieno rendute esecutorie con un'ordinanza del Presidente del tribunale; art. 1021 *ibid.* = 1097 *ibid.*
Se non vengano riformate o col rimedio dell'appello, o con quello del ricorso per ritrattazione, o per via di nullità, come è stabilito negli art. 1025, 1026 e 1028 *ibid.* = 1099, 1102 e 1104 *ll. cc.*, producono l'autorità della cosa giudicata e gli effetti che vi sono annessi.

E non possono in nessun caso essere opposte a terze persone; art. 1022 *ibid.* = 1098 *ibid.*

II.^a CONDIZIONE: *Che la cosa dimandata sia la stessa che quella su cui è stata profferita la sentenza.*

461. Ma perchè la cosa debbe considerarsi come la stessa, non è di rigore che si trovi assolutamente nel medesimo stato in cui essa era al tempo della prima dimanda: non si reputa meno di sussistere l'identità, abbenchè l'oggetto abbia di poi subito modificazioni nella sua forma, nella sua qualità o nella sua estensione; giacchè richiedesi soltanto una identità *in individuo aut in jure: Idem corpus in hac exceptione (rei judicatæ) non ulique, omni pristina qualitate servata, nulla adjunctione, diminutione facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur*; L. 14, ff. *de except. rei judic.*

462. Segue da ciò che se dopo aver formata dimanda per rivendicazione del tale gregge, ed essere

rimasto succumbente per non aver potuto provare il mio dritto di proprietà, io dimando di nuovo lo stesso gregge, sarei escluso colla eccezione della cosa giudicata, quantunque questo gregge si trovasse oggidì composto di animali che non ne facevano parte in tempo della prima dimanda, e ve ne fossero più o meno che in quell'epoca; imperocchè è il medesimo *essere*, il medesimo gregge; l. 21, § 1, *hoc. tit.* E la mia dimanda verrebbe ugualmente rigettata quantunque avesse per oggetto taluni determinati animali di questo grege, se nondimeno essi vi appartenevano già in tempo della prima dimanda (medesima legge); giacchè vi erano implicitamente compresi, essendolo la parte nel tutto: *In toto et pars continetur*; l. 115, ff. *de reg. juris.*

463. Questa regola si applica o che la cosa dimandata da principio consista in un corpo determinato o in una quantità, ovvero in un dritto: *Nec interest utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure*; l. 7, ff. *hoc tit.*

Si darebbe dunque luogo all'eccezione se la medesima persona dopo aver dimandato il tale fondo o la tale tenuta, e dopo essersi rigettata la sua dimanda, formasse contro la medesima persona, senza una nuova causa, la dimanda di una parte di questo fondo o di questa tenuta, come sarebbe la metà o il quarto, ovvero anche una parte determinata, come sarebbe ciocchè trovasi al di là del tale sentiere, o un territorio dipendente da siffatta tenu-

ta ; l. 7 , *hoc tit.* : ovvero se dimandasse un accessorio del fondo , come sarebbero gli alberi che vi si trovavano , quando anche questi alberi fossero ora abbattuti ; o un'isola situata nel fiume il quale passasse pel fondo , l. 7 , § 1 , e l. 26 , § 1 , *eodem tit.* ; o se dopo aver dimandato una eredità , ed esserne stata esclusa , dimandasse cose dipendenti da questa medesima eredità ; l. 3 , *hoc tit.* ;

O se dopo aver dimandata una somma di 1,000 franchi , per esempio , o due cose determinate , ed essere rimasta succumbente , essa dimandasse 500 fr. o una di queste cose in virtù della medesima causa , del medesimo patto ;

Ovvero anche se dopo di avere in vano preteso che io avessi il dritto d'inviare a pascere un gregge di cento capi sul vostro fondo , pretendessi poi di aver dritto a mandarne a pascere uno di cinquanta ;

O se dopo aver preteso in modo generale che ti fosse inibito di fabbricare sul tale territorio ed essere rimasto succumbente , io pretendessi poi che tu non hai il dritto di edificare ad una distanza minore di 20 piedi dal mio fondo ; cc. cc.

In tutti questi casi , essendo la cosa dimandata attualmente compresa nella prima dimanda , è stata pur con ciò giudicata , ed è surta dalla sentenza l'eccezione *rei judicatæ* contra la nuova dimanda , abbenchè questa nuova dimanda sia soltanto di ciò che formava l'oggetto della prima.

464. Ed in senso inverso , se siasi da principio di-

mandata una parte, per esempio, la metà, il quarto, potrà ugualmente opporsi l'eccezione; imperocchè essendosi giudicato che l'attore neanche aveva dritto ad una parte della cosa, si è giudicato pur con ciò che non aveva dritto all'intero, poichè il tutto comprende la parte: or se avesse avuto l'intero, avrebbe dovuto per questo stesso motivo aver la parte da lui in principio dimandata.

Appunto per questa ragione Ulpiano nella l. 3, ff. a questo titolo, dice che se dopo aver la medesima persona dimandato talune cose di una eredità, ed essere rimasta succumbente, dimandi alla medesima persona la intera eredità, verrà esclusa colla eccezione *rei judicatae*; come lo sarebbe *vice versa* se avendo da principio dimandato l'eredità ed essendo rimasta succumbente, dimandasse talune cose dipendenti da questa eredità; il che nondimeno bisogna intendere del caso in cui nelle due ipotesi essa procedesse nell'uno e l'altro giudizio, in virtù del medesimo titolo o della medesima causa, come erede di un tale.

465. Ma siccome l'usufrutto non è una parte del fondo, n'è distinto e separato, e forma soltanto un peso imposto alla proprietà, una servitù (1) (personale); segue da ciò che la sentenza la quale ha rigettato la dimanda da me prodotta

(1) *Usufructus non domini est pars, sed servitus, ut via et iter; nec falso dici totum meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse*; l. 25, ff. de verb. signif. V. cioè che diciamo a tal riguardo nel titolo dell'usufrutto, tomo IV, n.º 465 e seg.

per rivendicazione del tale fondo, e nella quale io sono rimasto succumbente, non m'impedirà di formare una dimanda dell'usufrutto del medesimo fondo; quantunque io non abbia un nuovo titolo. Imperocchè dal non aver io provato di essere proprietario, non risulta che non sia usufruttuario: il vero usufrutto non è compreso nella proprietà, ma al contrario n'è separato, distinto. È questo intorno alla quistione il parere di tutti i dottori.

Vero è che la prima parte del § 3 della l. 21, ff. *de except. rei judicatæ* sembra contraria a questa risoluzione, ma in realtà non lo è. Il giureconsulto Paolo dice in questa legge, che se io abbia dimandato il tale fondo e sia rimasto succumbente, e voglio di poi dimandar l'usufrutto di questo medesimo fondo, *usufructus fundi*, collo stesso titolo col quale io pretendeva di essere riconosciuto proprietario nel primo giudizio, dovrei essere escluso coll'eccezione *rei judicatæ*. Ma non trattasi qui dell'usufrutto propriamente detto, dell'usufrutto formale, separato dalla proprietà: trattasi dell'usufrutto inerente alla proprietà di cui gode il proprietario stesso, dell'usufrutto chiamato dai dottori usufrutto *causale*, e che trovasi compreso nell'espressione *fundus* adoperata da per sè sola, senz'altra spiegazione; almeno in molti casi, il quale usufrutto in somma fa parte della proprietà. Or dimandando ad essi questo usufrutto, dimando una cosa che aveva già dimandato, poichè vi era compresa; adunque la mia dimanda non è ammissibile.

Ma ciò non può applicarsi al caso in cui io dimando un vero usufrutto, quello ch'è distinto e separato dalla proprietà, usufrutto che il padrone della cosa costituì a favore di un'altra persona.

Nella seconda parte del medesimo paragrafo, il giureconsulto suppone che io abbia un dritto di usufrutto sul tale fondo; che abbia reclamato questo dritto, ma che sia rimasto succumbente, forse per mancanza di pruova; che abbia di poi acquistato la proprietà del fondo e preteso indi contro la medesima persona di appartenermi l'usufrutto di questo medesimo fondo; ed opina che la sentenza non potrà essermi opposta, attesoche io non dimando adesso la medesima cosa, essendo l'usufrutto in origine chiesto cessato per effetto della confusione, e quello che io pretendo avere attualmente, pretendo averlo, come dice il giureconsulto, *jure proprietatis, et quasi ex causa nova rursus meus esse coepit*. Ma in questa specie l'usufrutto da principio dimandato era l'usufrutto formale, quello che si ha sulla cosa altrui, il vero usufrutto; e quello che si è preteso di poi, dopo l'acquisto della proprietà, è l'usufrutto *causale*. Qui il proprietario è quello il quale intenta l'azione, chiamata *negatoria*, con cui pretende che il suo avversario non abbia il dritto di usufrutto su questo fondo, mentrechè costui pretende di averlo, ed invoca perciò la sentenza precedentemente emessa a favor suo, e donde risulta che l'attore (il quale è lo stesso nei due giudizj) non lo ave-

va (1). Ma ben si comprende che il dritto su cui l'attore poggia la sua pretensione non sia lo stesso che nel primo giudizio.

446. In questa specie la Glosa dice che colui il quale ha da principio dimandato l'usufrutto ed è rimasto succumbente nella sua dimanda, può dimandar poi la proprietà, senza temere l'eccezione *rei judicatae*, attesoche non dimanderà la stessa cosa; e sembra che per *proprietà* la Glosa intenda non solo la nuda proprietà, ma anche l'intera proprietà.

Ciò non è dubbioso nel caso di cui si tratta, giacchè avendo l'attore acquistata la proprietà del fondo dopo la prima sentenza, si trova di avere un nuovo titolo; ma se non ne avesse, vi sarebbe maggiore difficoltà, mentre potrebbesi dire che dimandando l'usufrutto propriamente detto sul fondo in quistione, riconosceva pur con ciò che non erane allora proprietario, poichè *res sua nemini servit*. Ed in fatti niuno pretende di avere il dritto di usufrutto sulla cosa di cui è proprietario. Dunque, dirassi, più non può dimandarsi la proprietà dallo stesso individuo contro lo stesso individuo, senza un nuovo titolo, senza una causa posteriore alla dimanda dell'usufrutto.

Nulladimeno non è questo il nostro avviso. La prima causa si è raggirata sul dritto di usufrutto,

(1) *V. Pothier ad Pandectas, hoc tit., n.º 6*, e la Glosa su questa legge, la quale non lascia alcun dubbio sulla interpretazione che noi ne diamo.

e la seconda ha per oggetto la proprietà; poco importa se col godimento o senza: è questa dunque una cosa diversa. La parte che da principio dimandò l'usufrutto ignorava probabilmente di avere il dritto di proprietà, o poteva aver dubbj a tal riguardo; il che risponde all' obbiezione che essa riconobbe di non essere proprietaria dimandando semplicemente da principio l'usufrutto. In effetti nel senso dell' obbiezione converrebbe dire puranche che colui il quale dimandasse la più piccola servitù sopra un fondo posseduto da un terzo, e che succumbesse nella sua dimanda, più non potrebbe di poi rivendicare la proprietà di questo medesimo fondo senza una nuova causa, benchè ne fosse realmente proprietario al tempo della prima dimanda; imperocchè quel che fosse giudicato circa al caso di usufrutto, dovrebbe esserlo pure in quello di una servitù: or le conseguenze di una tale dottrina non ci sembrerebbero del tutto pericolose. Non dee così facilmente riputarsi che taluno rinuncii al suo dritto di proprietà, soprattutto quando è possibile che non si sapesse positivamente di esistere questo dritto al tempo della dimanda dell'usufrutto o della servitù: l'eccezione *rei judicatæ* non debbe estendersi oltre ciò che formò l'oggetto della causa o di ciò che vi era compreso.

Se mai si dovesse intendere la legge 17, ff. *de except. præscr. et præjud.* come la intese Pothier nelle sue *Pandette*, la nostra opinione non soffri-

rebbe alcun dubbio. Questa legge dice: *Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat: quia diversa corpora sunt, et causæ restitutionum dispares, non nocebit exceptio.* E Pothier credè che la servitù fu da principio dimandata sul fondo Tiziano, il quale poi formò anche l'oggetto di una nuova dimanda intentata da una medesima persona contra la medesima persona, senza una nuova causa: *Non videtur*, egli dice citando questa legge, *idem petere qui postquam jus servitutis in aliqua re petiit, ipsam rem postea petit.*

Ma s'ingannò nel suo modo d'interpretarla. Questa legge si coordina con quella che la precede. Vero è che essa contiene un caso in cui trattasi di sapere se l'eccezione *rei judicatæ* abbia luogo oppure no, e ciò appunto fece dire a Cuiacio, *Observ. v., 27.*, che essa apparteneva piuttosto al titolo *de except. rei judicatæ*, che al titolo *de except. præscript. et præjud.*, la quale trasposizione probabilmente indusse Pothier in errore. Ma come lo dice lo stesso Cuiacio su questa legge (1), essa dispone ancora nella specie trattata nella legge precedente: or ecco qual'è questa specie. Voi possedete il fondo Tiziano, sulla cui proprietà avvi lite fra voi e me; ed io dico inoltre di esser dovuto a questo fondo un passaggio pel fondo Semproniano, che incontrastabilmente vi appartiene. Se lo dimando la servitù, voi potete escludermi con una

(1) *V. Comment.* in lib. LXX *Pauli ad Edictum.*

eccezione pregiudiziale, PER EXCEPTIONEM QUOD PRÆJUDICIUM PRÆDIO NON FIAT; cioè con una eccezione la quale ha per oggetto d'impedire che si giudichi da prima una quistione il cui scioglimento in mio favore pregiudicherebbe anche in mio favore lo scioglimento di quella ch'è agitata tra voi e me riguardo alla proprietà del fondo Tiziano, pel quale io dimando questa medesima servitù. Imperocchè è chiaro, dice il giureconsulto Africano in questa legge, che voi mi dobbiate una servitù sul fondo Semproniano pel fondo Tiziano, sol quando si giudicherà che il fondo Tiziano mi appartenga. Or nella legge 17, la servitù è da principio dimandata sul fondo Semproniano, e non sul fondo Tiziano, come lo credè indebitamente Pothier; e Paolo dice in essa legge, che la sentenza la quale rigettò la dimanda non farà ostacolo a quella che avrà di poi per oggetto il fondo Tiziano, perchè in effetti dall'essersi giudicato che questo fondo non aveva alcuna servitù sul fondo Semproniano, non segue che non appartenga all'attore. Quel che si giudicò, si è una quistione di servitù pretesa sul fondo Semproniano; e cioè che ora vien preteso, si è la proprietà del fondo Tiziano: non è dunque la stessa cosa. Tal'è la chiara e positiva spiegazione che Guiacio dà di queste due leggi.

Del resto noi non lasciamo dall'opinare con Pothier, che il rigetto di una dimanda di servitù sul tale fondo, non impedisca alla parte di pretendersi

poi proprietaria di questo medesimo fondo, senza essere obbligata d'invocare per ciò un titolo posteriore alla prima dimanda.

467. Portiam parere ugualmente che quegli la cui dimanda di usufrutto sul tale immobile è stato dichiarata mal fondata, non sia per questo inammissibile in quella che intenta di poi per un dritto di uso su questo immobile; imperocchè non dimanda la stessa cosa, nè una parte di quella che aveva da principio dimandato. Il dritto di uso è distinto dal dritto di usufrutto; non ne forma una parte integrante. L'attore poteva non avere il dritto di usufrutto, e nondimeno avere il dritto di uso.

Probabilmente si risolverebbe il contrario nel caso inverso, giacchè sebbene il dritto di uso non sia una parte propriamente detta del dritto di usufrutto, nulladimeno chi ha l'usufrutto ha pur con ciò l'uso, parimenti che chi ha il più ha il meno: or se giudicossi che io neanche aveva il dritto di uso, cioè il dritto di raccogliere frutti nel tale fondo per miei personali bisogni e per quelli della mia famiglia, si è per questo stesso motivo giudicato che io non aveva dritto di raccogliere tutt' i frutti del cennato fondo.

I giureconsulti romani opinavano che colui il quale aveva dimandato la servitù *iter* e che, essendo rimasto succumbente, dimandava poi la servitù *actus*, non era inammissibile (1), giacchè la

(1) L. 11, § 6, ff. de except. rei judicat.

prima servitù dimandata era un dritto distinto dall'altra; ma potevasi avere *actus*, senz'aver pure implicitamente *iter*; e non si può aver l'usufrutto senza aver l'*emolumento* del dritto di uso.

468. Se io sono rimasto succumbente in possessorio, nulla m'impedisce di procedere in petitorio, giacchè la proprietà è una cosa diversa dal possesso: l'una è di dritto, l'altra è di fatto; l. 14, § 3, ff. *hoc. tit.* Io non dimando adunque nè la medesima cosa, nè una parte della medesima cosa.

Ma in senso inverso, se io abbia da principio agito in petitorio, non posso più agire in possessorio (art. 26 c. pr. = 130 ll. pr. civ.): si reputa essersi da me riconosciuto che non aveva il possesso o che vi abbia rinunciato. Non potrei agire in possessorio se non in virtù di un nuovo possesso.

469. Niuna cosa m'impedisce, dopo di aver prodotto una dimanda d'interessi, nella quale sono rimasto succumbente, di produrne una pel capitale, purchè io non sia stato escluso sul fondamento che non eravi capitale, ma perchè non erano dovuti interessi nella specie: o per essersi pagati, ovvero per essersi prescritti; l. 23, ff. *hoc. tit.*

Avverrebbe altrimenti in senso inverso, poichè non possono esser dovuti interessi allorquando non era dovuto alcun capitale.

470. Se io proceda contro l'erede di colui al quale ho affidato un deposito, a ragione del dolo del suo autore, e rimanga succumbente, ciò non m'impedirà di coazionarlo pel suo dolo personale;

giacchè è questo un altro fatto, *de alia re agitur*; l. 22, *vers. ETSI, hoc tit.*

471. Da quanto abbiain detto precedentemente, che colui il quale è stato giudicato di non aver dritto ad una cosa, non può di poi dimandarne una parte, non bisogna nulladimeno conchiudere in tutti i casi che il tale che non ha dritto ad un tutto, neanche ha dritto ad una parte di questo tutto; imperocchè se avendo io un coerede il quale possiede l'intera eredità, intento contro di lui la petizione di eredità pel tutto, perchè pretendo di essere il solo erede, e la mia dimanda sia rigettata per ciocchè riguarda la parte del mio coerede, niuna cosa m'impedirà di dimandar di nuovo la mia parte, se non mi venga da lui volontariamente rilasciata. Diverso sarebbe se, attesa questa petizione di eredità, il convenuto avesse anch'egli impugnata la mia qualità di erede, e si fosse giudicato che l'eredità gli apparteneva per intero. Ma nella prima ipotesi, la mia parte non fu compresa nella dimanda che *nomine tenus*: essa non formava parte dell'oggetto del litigio, abbenchè facesse parte dell'eredità di cui ho dimandato la restituzione per intero, giacchè io pretendeva di appartenermi per intero.

III.^a CONDIZIONE: *Che la dimanda sia basata sulla medesima causa.*

472. Nel dritto romano, per ciocchè riguarda l'applicazione di questa condizione, distinguevasi tra le azioni di rivendicazione e le azioni personali; e Pothier e gli altri autori così fecero generalmente. Ma la disposizione dell'art. 61 — 3.^o c. pr. = 153 — 3.^o ll. pr. civ. la quale richiede che l'atto di citazione contenga l'oggetto della dimanda e la *enunciazione sommaria dei mezzi*, rende ciò frustraneo in generale nel nostro dritto.

Nelle rivendicazioni intentate in modo generico, cioè senza esprimersi la cagione in virtù della quale era istituita la dimanda, la sentenza che condannava l'attore, perchè costui non aveva potuto provare il suo dritto di proprietà, era di ostacolo a poter egli intentare una nuova dimanda, tranne se avesse per base una cagione surta posteriormente alla prima; l. 11, § 1, ff. *hoc tit.* Erane motivo che una cosa non può appartenervi per più titoli o cause, giacchè quando uno è proprietario di una cosa, non può divenirlo di vantaggio: *Quod meum est amplius meum fieri nequit.* Soltanto se perdesi la proprietà, si può acquistar di nuovo; ma non trattasi di ciò. Or l'attore dimandando la cosa in modo generale, senza dire a qual titolo la dimandava, si reputava che la reclamasse in virtù della sola causa la quale avea potuto confe-

rieglione la proprietà: adunque era questa una causa nuova che poteva legittimare una nuova dimanda contra la medesima persona pel medesimo oggetto. Ma se avesse specificato la cagione dalla sua prima dimanda, nulla gl'impediva di formarne una nuova per un'altra cagione, anche esistente all'epoca del giudizio, giacchè dal non essere proprietario per la tale causa, non ne seguirebbe che non lo fosse per la tale altra; l. 11, § 2, *hoc tit.*: e viemaggiormente avveniva lo stesso se la cagione della nuova dimanda era posteriore alla prima.

Al contrario nelle azioni personali, ancorchè l'attore avesse istituita la sua dimanda in modo generale, senza esprimere la cagione, non eragli impedito di chiedere ancora la stessa somma o la stessa cosa alla medesima persona, senza essere obbligato perciò di basarla sopra una cagione surta posteriormente alla prima dimanda (1); imperocchè se una cosa non può *appartenervi* per più titoli, non vi è almeno alcun ostacolo che vi sia *dovuta* dalla medesima persona per la tale o tal causa, come vendita, donazione, ec.: *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita pluribus causis idem possit nostrum esse*; l. 119, *de reg. juris*. Ed in fatti la medesima persona può dovermi 1,000 franchi per una vendita che le ho fatta, o per una donazione da essa fattami, o per un mutuo, o per

(1) LL. 11, § 2; 9, 17 e 18, ff. *de except. rei judic.*; e l. 30, ff. *de peculio*.

danni ed interessi, ec. Or quando io non ho specificata la cagione della dimanda da me formata contro di lei, non può dirsi che la nuova che produco si reputa fondata sopra la sola cagione in virtù della quale io potevo agire, poichè poteva averne molte.

Questa disposizione è formalmente stabilita nella l. 14, § 2, ff. *de except. rei judicatae*. Ma come lo abbiamo detto, dovendo l'atto di citazione, ai termini dell'art. 61 c. pr. = 153 ll. pr. civ., contenere la enunciazione sommaria dei mezzi, sotto pena di nullità, l'attore, qualunque sia la specie di azione che intenta, sarà obbligato di enunciare la causa in virtù della quale procederà, e perciò la succennata distinzione tra le azioni per rivendicazione propriamente dette, e le azioni personali, pel caso in cui la dimanda sia stata espressa in termini generali, senza specificare la causa, addiviene generalmente senza interesse.

475. La scoperta di documenti decisivi, dopo la decisione della causa, e ritenuti per fatto della parte avversa, dà luogo al ricorso per ritrattazione; art. 480 — 10 c. pr. = 544 — 10 ll. pr. civ. Ma se i documenti, anche decisivi, non sieno stati ritenuti per fatto della parte avversa, non avvi luogo a far ritrattare la sentenza con questo rimedio, nè a farla riformare in cassazione, nè ad intentare una nuova azione (1).

(1) V. a tal riguardo le ll. 27, ff. *de except. rei judic.*; 4, Cod. *de rei judic.*; 35, ff. *de rei judic.*, e 16, Cod. *de transact.*

V. pure l'arresto del 28 giugno 1808, nel repertorio di Merlin,

474. Nondimeno è giurisprudenza costante, attestata da Rodier sull'ordinanza del 1667, nel titolo del ricorso per ritrattazione, e da moltissimi autori, che se una parte condannata con sentenza inappellabile a pagare una somma, ritrovi la quietanza del pagamento da essa o dal suo autore fatto, può allora, senza adoprare il rimedio del ricorso per ritrattazione, esibire tale quietanza, e render nulla la sentenza; giacchè, come lo dice Duparc-Poullain, nei suoi *Principj di giurisprudenza* (tomo X, pag. 161), le condanne al pagamento s'intendono sempre per danaro o quietanze.

Ma altro non è questa che una eccezione alla suddetta regola. Essa non soffrirebbe alcun dubbio se la sentenza riservasse espressamente al convenuto tutte le quietanze; e converrebbe pure dir lo stesso, se quest'ultimo non avesse allegato alcun pagamento. Il caso in cui vi esisterebbe dubbio, sarebbe quello nel quale avendo il convenuto addotto un pagamento, fosse stato condannato per non aver prodotta la quietanza, non avendola ancora rinvenuta. Nondimeno anche in questo caso, la sentenza dovrebbe considerarsi pure come condizionale nel suo effetto, vale a dire, *ammenschè il convenuto*

v. *Successione*, sez. 1, § 1, art. 3, il quale dichiara che non è permesso, sulla base di nuovi documenti, e senza adoprare il rimedio del ricorso per ritrattazione, far rivivere controversie estinte con sentenza passata in giudicato; ed il ricorso per ritrattazione ha luogo per questa causa sol qualora i documenti sieno stati ritenuti dalla parte avversa.

non giustifichi il pagamento che dice di aver fatto; in altri termini, importerebbe condanna a pagare in danaro o quietanze (1).

Stante ciò, se la sentenza si trovasse eseguita al momento in cui si scoprisse la quietanza, vi sarebbe luogo a ripetere ciocchè si fosse indebitamente pagato.

475. Poichè bisogna, per potersi opporre la eccezione della cosa giudicata ad una nuova dimanda, che la medesima sia basata sulla stessa causa; segue da ciò che se io vi abbia da principio dimandata una somma di 1,000 fr., per esempio, a titolo di deposito, e sia rimasto succumbente, niuna cosa m'impedirà di dimandarvi ancora la medesima somma come essendomi da voi dovuta per vendita, pigione, ec., o a motivo anche di un altro deposito che io pretendessi di avervi fatto o di aver fatto a colui del quale siete crede; giacchè anche in questi ultimi casi, io agirei parimenti per un'altra causa.

476. Segue eziandio dalla medesima regola, che se io abbia intentato contro Paolo dimanda per restituzione dell'eredità di un mio parente, della

(1) Modifichiamo circa a questo punto ciocchè avevamo detto nel tomo IV del nostro *Trattato de' Contratti* ec., n.º 1466, dove attenendoci troppo letteralmente alle mere regole del dritto, ed in specie all'art. 480—10 c. pr. = 544—10 *ll. pr. civ.*, diamo effetto alla scoperta della quietanza, sol quando la medesima fosse stata ritenuta per fatto della parte avversa. Questa opinione era troppo rigorosa per ciocchè concerne le quietanze: essa è vera soltanto per gli altri documenti, i quali lasciano sempre più o meno incerto il punto della controversia; in vece che una quietanza distrugge perfettamente l'obbligazione.

quale aveva preso possesso, e sia rimasto succumbente, perchè questa eredità apparteneva ad un altro parente di cui son poi divenuto erede, la sentenza ch'è stata profferita contro di me non m'impedirà il dimandare di nuovo contro Paolo la restituzione di questa medesima eredità; imperocchè io ho una nuova causa per dimandarla, la mia qualità di erede del parente a cui pretendo che essa apparteneva; l. 3, *Cod. de petit. heredit.*

Ciò avrebbe luogo, ancorchè la mia nuova dimanda fosse poggiata sugli stessi mezzi sui quali io aveva fondata la prima, per esempio, che il testamento in virtù del quale Paolo possiede l'eredità è nullo: la quistione di nullità giudicata tra lui e me *ex persona mea*, non è perciò giudicata riguardo al parente di cui io sono erede; ed a questo titolo ho il diritto di domandare che sia esaminata e giudicata di nuovo, quando anche io non esibissi alcuna novella pruova o mezzo novello per instabilire la nullità. *Eamdem causam facit origo petitionis; cæterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa post petitionem mihi accesserit, quæ mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio*; l. 11, § 4, ff. *de except. rei judic.*

477. Vie maggiormente colui il quale, non essendo ancora erede, ha promossa dimanda contra il possessore di una eredità, ed è stato escluso per questa causa, non debb'essere dichiarato inammissibile nella novella azione che intenta allorchè sia divenuto erede; l. 25, ff. *de except. rei judic.*

Puossi così formar la specie di questa legge: Paolo è in possesso dell'eredità di Giovanni, mio parente, in virtù di un testamento o per altra causa. Pietro, erede presuntivo, non ha ancora assunto qualità, nè rinunciato: come più prossimo erede dopo di lui, io procedo contro Paolo, il quale mi oppone un mezzo d'inammissibilità desunto dalla mia mancanza di qualità, attesochè Pietro è quello al quale questa successione è stata devoluta per legge, e la sua rinuncia non si presume, nè io ne presento tampoco la pruova: io son dunque escluso. Ma Pietro rinuncia di poi all'eredità: cosa alcuna allora non m'impedisce di rinnovare la mia dimanda; giacchè la sola ragione per la quale sono stato escluso era la mancanza di qualità: or ho adesso qualità; è dunque come se avessi una nuova causa. Poco monta di reputarsi che Pietro colla sua rinuncia non sia stato mai erede (art. 785 c. c. = 702 ll. cc.), di stimarsi che io stesso lo sia divenuto dal giorno in cui si fece luogo alla successione, giacchè l'accettazione ha un effetto retroattivo a quell'epoca (art. 777 c. c. = 694 ll. cc.), ed in conseguenza di potersi pretendere che la sentenza si trova di essere stata profferita in un tempo in cui io era già erede: si risponderebbe di aver essa pronunciato soltanto in forma di mezzo d'inammissibilità *allo stato*, come lo fanno o debbono farlo tutte le sentenze le quali dichiarano irrecettibile la dimanda di una parte per non giustificare allora una qualità che le fosse necessaria per motivarla.

Allo stesso modo nei casi degli art. 135 e 136 c. c. = 141 e 142 ll. cc. chi dimanda un legato o una eredità come devoluti ad un individuo di cui s'ignora l'esistenza, e ai diritti del quale si troverebbe subentrato se costui fosse morto, è dichiarato inammissibile soltanto *allo stato*, senza pregiudizio dell'azione di petizione di eredità e degli altri dritti a favore all'assente il quale ricomparisse o desse nuove di sè, o a favore de' suoi eredi, anche di quelli che sono stati dichiarati inammissibili nel caso in cui provassero che il loro autore sia sopravvissuto a colui dal quale sono derivati questi medesimi dritti; art. 158 c. c. = 144 ll. cc. esaminato.

Così pure, mi vien fatto un legato sotto condizione: io formo dimanda di rilascio contro gli eredi *ab intestato*, come se fosse verificata la condizione, e sono dichiarato inammissibile perchè non giustifico il suo adempimento: cosa alcuna non m'impedirà, allorchè avrò acquistato la pruova che si è realmente adempita, il formare una nuova dimanda, giacchè avrei una novella ragione, una novella causa per formarla; argomento della l. 11, § 4, ff. *hoc tit.*

Diverso sarebbe se mai si fosse giudicato di esser nullo il legato, per esempio, atteso un vizio del testamento, o attesa la mia incapacità di ricevere dal testatore, o quella del medesimo.

478. In senso inverso, se il convenuto abbia ottenuto congedo dalla dimanda sol perchè non era

fornito allora della tale qualità che bisognava affin di essere condannato, o perchè esisteva la tale causa che gli somministrava una eccezione, non potrà egli, allorchè avrà siffatta qualità, o allorchè sarà cessata la causa di questa eccezione, dedurre dalla sentenza un mezzo d'inammissibilità contro una nuova dimanda. Così, io intento un'azione di petizione di eredità contro Paolo, ma la mia dimanda vien rigettata perchè egli nulla possiede dell'eredità: se posteriormente giunga a possederla, o a possederne qualche cosa come erede (1), io potrei benissimo rinnovare la mia domanda contro di lui senza temere l'eccezione *rei judicatæ*; l. 9, *princip.*, 17 e 18 *hoc tit.*

Ecco perchè nel roman dritto chi aveva agito *de peculio*, e non aveva ottenuto se non parte di ciòchè gli si doveva, stante la insufficienza del peculio, poteva di poi agir benissimo pel rimanente, se il peculio erasi aumentato; l. 30, § 4, ff. *de pecul.*

479. Similmente se, riguardando Paolo come erede di Giovanni mio debitore, io istituisco contro di lui dimanda di pagamento, e la mia dimanda sia rigettata, attesochè egli non è erede di Giovanni, essendosi l'eredità devoluta a Filippo, più prossimo parente; se costui, il quale non aveva allora accettato, abbia rinunciato; infine se Paolo abbia

(1) Imperocchè se, per esempio, fosse a titolo di acquirente divenuto possessore di cose particolari dipendenti da questa eredità, io agirei contro di lui con azione di rivendicazione.

di poi accettata l'eredità in vista del suo rifiuto: io potrei indubitatamente rinnovare contro di lui la mia domanda, senza neanche temere l'eccezione della cosa giudicata. Le leggi 2 a questo titolo, e 15, ff. *de oblig. et act.* positivamente lo dichiarano così in specie analoghe.

480. Per massima, allorchè la cagione della nuova dimanda sia la stessa che l'antica, l'eccezione *rei judicatae* non può meno essere opposta benchè la nuova azione fosse di specie diversa da quella intentata precedentemente: *Eamdem causam facit origo petitionis et nec refert utrum eodem an diverso genere actionis (seu judicii) quis de ea re agere videtur*; l. 5 e 11, § 4, *hoc tit.*, insieme combinate. Segue da ciò che se io abbia comprato una cosa infetta da vizio redibitorio, ho la scelta, ai termini dell' art. 1644 c. c. = 1490 ll. cc., o di restituire la cosa e di farmi rendere il prezzo, se lo abbia pagato, o di ritenere la cosa e farmi restituire una parte del prezzo a giudizio de' periti, il che i giureconsulti romani chiamavano azione *quantum minoris*. Or se io abbia agito per l'uno o l'altro oggetto, e sia rimasto succumbente, perchè si è riconosciuto di non esservi alcun vizio redibitorio, o perchè io non ho esercitata la mia azione nel termine stabilito dall'uso locale, mi si potrà opporre l'eccezione della cosa giudicata anche su quella delle due azioni che non ho intentata, e che vorrei adesso sperimentare; imperocchè quest'azione nasce dalla stessa causa della prima; l. 25, § 1, ff. *de except. rei judic.*

481. Così pure, se io abbia intentato contro di te la petizione di eredità, sulla quale son rimasto succumbente, e di poi ho formato dimanda per rivendicazione di talune cose dipendenti da questa eredità, senza fondarmi sopra un' altra causa, sarei io eliminato coll' eccezione *rei judicatae*, abbenchè l' azione che istituisco adesso non sia la stessa che avea da principio sperimentata; ll. 3 e 7, § 4, *hoc tit.*

482. Avvien lo stesso se, pretendendomi legatario di Paolo per una certa cosa, io abbia convenuto il suo erede con l' azione personale *ex testamento*, e sia rimasto succumbente: se io voglia di poi convenirlo con l' azione di rivendicazione della cosa pretesa legata, o con l' azione ipotecaria che hanno i legatarj sui beni dell' eredità, sarei escluso coll' eccezione *rei judicatae*, quantunque io non promuova ora la stessa azione; ma n' è motivo che essa ha la medesima origine, cioè il testamento; l. 76, § 8, ff. *de legat.* 2.^o, esaminata, e Voet *ad Pandectas*, tit. *de except. rei judic.* n.^o 4.

483. E se una quistione pregiudiziale insorta in un giudizio sia stata giudicata contra una parte, ed abbia pregiudicato contra questa parte la quistione principale, la eccezione della cosa giudicata sarà ugualmente acquistata circa alla stessa quistione principale. Per esempio, in qualità di nipote di Filippo, io istituisco contro Paolo, suo cugino, non importa se dal lato paterno o materno, un' azione per restituzione dell' eredità di Fi-

lippo di cui è detentore: egli mi oppone che io non sono nipote legittimo di Filippo, ma bensì un figlio naturale, che i miei genitori non erano maritati, ed in conseguenza che io non ho alcun dritto a questa eredità, attesochè i figli naturali non succedono ai parenti de' loro genitori; art. 756 c. c. = 674 ll. cc. La prima quistione da doversi esaminare e giudicare è quella della mia legittimità, ed il giudice innanzi a cui pende l'azione di petizione di eredità sarà competente a decidere puranche tal quistione, giusta la regola che il giudice dell'azione è pur giudice dell'eccezione (1). Se venga riconosciuta la mia legittimità, è chiaro che la quistione riguardante l'eredità trovasi con ciò risolta a mio favore, poichè dipendeva unicamente da questo punto, essendo in effetti un semplice cugino escluso sempre da un nipote; art. 750 ll. cc. = 672 ll. cc. E *vice versa* se la quistione di legittimità sia giudicata contro di me, quella dell'eredità lo sarà anche per questo medesimo motivo.

484. Del pari, io cito Paolo innanzi alla polizia correzionale per aver reciso sul mio fondo alcuni piedi d'alberi portandoli via, o per essersi da lui svelta una siepe, ec.: Paolo oppone per sua difesa che quanto egli ha fatto, lo ha fatto nella sua proprie-

(1) Il che nondimeno soffre limitazioni allorchè il giudice dell'azione sia un giudice di giurisdizione speciale, come un tribunale di commercio, e la eccezione opposta sia una quistione la quale per natura sua è di competenza de' tribunali civili, come una verifica-
zione di scrittura, una controversia sulla qualità di erede; art. 426 e 427 c. pr. = 632 e 633 ll. ecc. com.

tà, che il terreno su cui ha reciso gli alberi ò svelto la siepe erano di sua pertinenza: evvi qui una quistione pregiudiziale; imperocchè è chiaro che Paolo non avrà commesso delitto alcuno, e non sarà soggetto ad alcuna condanna civile o penale, se il terreno era suo. Ma, a differenza del caso precedente, il giudice dell'azione principale non sarà giudice dell'eccezione: il tribunale di polizia correzionale dovrà soprassedere dal decidere, e rinviare le parti innanzi al tribunale civile per farvi giudicare la quistione di proprietà del terreno di cui trattasi; e se mai vi sia giudicata contro di me, quella che io aveva istituito innanzi al tribunale correzionale lo è pur con ciò ed io son condannato alle spese nei due giudizj, salvo i danni ed interessi che fossero dovuti a Paolo. Ma se venga giudicata contro di Paolo, allora il tribunale di polizia correzionale giudica sulla mia querela, condanna Paolo alle pene comminate dalla legge, ed ai miei danni ed interessi.

485. E se io citi Paolo avanti al tribunale di commercio per un debito commerciale di suo padre di cui lo credo erede, e Paolo mi opponga di non aver accettata l'eredità, la quistione riguardante la qualità di erede e che deve decidersi dai tribunali civili (art. 426 c. pr. = 632 ll. ecc. com.), ben è pregiudiziale nel senso che se venga giudicata in favore di Paolo, si sarà pur con ciò giudicato di non dovermi quel che gli ho domandato; ma non lo è nel senso contrario, cioè che quando

anche fosse deciso di aver Paolo accettata l'eredità di suo padre, non sarà perciò deciso che egli mi debba la cosa dimandata, giacchè può darsi in fatti che non mi sia dovuta.

486. Abbiain detto pocanzi che l'eccezione della cosa giudicata non può meno essere opposta abbenchè la nuova azione intentata da colui contro il quale è stata profferita la sentenza non fosse della classe di quella promossa in primo luogo, e benchè le giurisdizioni fossero diverse, basta che la nuova dimanda sia fondata sulla medesima causa, *quia eandem causam facit origo petitionis*: nulladimeno non bisogna da ciò conchiudere, che i tribunali civili sono sempre vincolati da una decisione profferita in linea criminale. Ciò è vero in taluni casi, ma non in tutti: neanche puossi stabilire una regola generale a tal riguardo.

Quindi l'art. 198 c. c. dice che quando la prova della legale celebrazione del matrimonio è fondata sul risultamento di un processo criminale, l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile assicura al matrimonio, dal giorno della sua celebrazione, tutti gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quanto ai figli nati dal medesimo matrimonio. Ecco un caso in cui cioèchè fu giudicato (implicitamente) in via criminale, il fatto della celebrazione del matrimonio (1), non può esser più posto in quistione in linea civile.

(1) Ma non la sua *validità*; giacchè il matrimonio può esser nullo

487. Ma al contrario se si fosse deferito ai tribunali criminali un delitto di soppressione di stato di figlio, ed in dispregio della disposizione speciale dell'art. 327 c. c. = 249 ll. cc., questi tribunali avessero giudicato il fatto prima che dai tribunali civili si fosse pronunziato sulla quistione di stato, il figlio, abbenchè l'accusato fosse stato condannato, non potrebbe nulladimeno invocare la sentenza criminale come avente riconosciuto il suo stato di figlio di un tale; giacchè i tribunali civili sono i soli competenti per pronunziare sui richiami di stato; art. 326 c. c. = 248 ll. cc.

488. L'art. 255 c. c. dice ancora che, « Se alcuno de' fatti allegati dal coniuge attore dà luogo ad una procedura criminale per parte del ministero pubblico, l'azione per divorzio resterà sospesa sino al giudizio della Corte di assise; allora essa può essere riassunta, senza che sia permesso di dedurre dal giudicato criminale alcun motivo d'inammissibilità o eccezione pregiudiziale contro il coniuge attore ». I fatti potettero non sembrare bastantemente provati agli occhi de'giurati colle caratteristiche di criminalità che loro attribuiva l'atto di accusa, e nondimeno potrebbero sembrare al tribunale civile bastantemente gravi per motivare la dimanda di divorzio (o di separazione personale).

489. Così ancora, e come il dicemmo nel to-

per causa d'incesto, di bigamia, ec., ed i tribunali criminali non hanno dovuto giudicare una simile quistione: essa era anche fuori la loro competenza.

mo X n.º 146, ove citiamo le diverse sentenze e decisioni profferite nella causa *Charret e Tourangin*, la decisione criminale che assolvendo un individuo accusato di estorsione di promesse o obbligazioni per violenza, forza o coazione, dichiara al tempo stesso che l'art. 400 c. pen. non gli sia applicabile, non giudica tuttavia implicitamente che le dette promesse o obbligazioni sieno valide; giacchè possono esser nulle per dolo o rigiri, ovvero per mancanza di causa; in conseguenza i tribunali civili possono ancora annullarli per tai motivi. Tanto fu giudicato con decisione del 17 marzo 1813 profferita nella stessa causa.

La decisione criminale neppure giudica necessariamente che queste promesse o obbligazioni non sono infette del vizio di violenza o di timore nel senso dell'art. 1112 c. c. = 1066 ll. cc., attesochè non è necessario, perchè vi sia violenza nel senso di questo articolo, che l'accusato possessore degli atti siasi renduto colpevole di fatti preveduti dal precitato art. 400, poichè il solo timore, se sia stato grave, ha viziato il consenso, sebbene non siasi prodotto con vie di fatto o di violenza, in somma con una coazione esteriore di natura da far dichiarare applicabile all'accusato questo medesimo articolo, e poichè è altronde possibile che le obbligazioni sieno il risultamento del vizio di violenza, e che tale violenza sia stata commessa da persona diversa dall'accusato senza complicità da sua parte, ciocchè non li rende meno nulli; art. 1111

c. c. = 1065 ll. cc. Quindi in tal caso puranche la decisione profferita in linea criminale non vincola i giudici in via civile.

490. Fu pure giudicato dalla Corte di cassazione, nel 21 messidoro anno IV, sezione de' ricorsi, che la decisione della Corte criminale, la quale aveva assoluto un accusato di falsità, non provava che l'atto fosse vero, e per conseguenza che i tribunali civili avevan potuto, senza ledere la regola dell'autorità della cosa giudicata, annullare l'atto come non sincero. I termini dell'arresto sono così concepiti :

« Attesochè le regole e le leggi invocate da Go-
 « dier (l' accusato assoluto , possessore degli atti
 « arguiti di falsità) riceverebbero la loro applica-
 « zione se si trattasse di sommetterli nuovamente
 « ad una istruzione criminale pei fatti sui quali
 « pronunziò colla sua sentenza il tribunale crimi-
 « nale del dipartimento dell' Aube nel 10 glaciale
 « anno V ; ma che essendo divenuto lo stesso Go-
 « dier attore in linea civile contra gli eredi Ter-
 « ray , la sentenza impugnata stabilì i veri prin-
 « cipj , dichiarando che Paolina Terray non era
 « stata parte nella procedura criminale , poichè non
 « veniva esibita alcuna procura data da lei a tal
 « riguardo (1) ; e che quando anche essa il fosse

(1) Questa dottrina tuttavolta è distrutta da quella sostenuta da Merlin nella causa *Charet e Tourangin* , cioè che la intera società è rappresentata dal pubblico ministero nelle cause sottomesse ai tribunali criminali , e che la sentenza profferita fa legge per chiari-

« stato, la *verificazione* del biglietto potrebbe esser
 « sempre dimandata (1), poichè in materia di alto
 « criminale basta che il delitto non costi perchè
 « l'accusato sia liberato; mentrechè in materia ci-
 « vile è d'uopo che il titolo sia incontrastabilmen-
 « te riconosciuto esser l'opera di colui al quale
 « viene opposto, o di coloro che ei rappresenta, per
 « poterne richiedere il pagamento, ec. ».

491. Nella celebre causa *Régnier*, che i suoi in-
 numerevoli particolari non ci permettono di esani-
 nare, la decisione profferita dalla Corte di assise di
 Parigi, la quale aveva liberato Régnier dall'accusa
 di falsità, non potè servire a costui per far con-
 dannare Michel ad eseguire gli atti arguiti di fal-

que. V. pure *Quistioni di Dritto*, v. *falsità*, § 6, n.º 6, e ciò
 che diremo in appresso.

(1) Nondimeno secondo l'art. 214 c. pr. = *3og II. pr. civ.*, l'iscri-
 zione in falso civile più non può esser prodotta quando il documen-
 to sia stato verificato, tanto in contraddizione dell'attore, quanto
 in contraddizione del reo per falsità, in una procedura di falso prin-
 cipale o incidente..... Ciò posto, come dunque può ancora diman-
 darsi la *verificazione*? In quale procedura in fatti potrà dunque an-
 cora aver luogo tale *verificazione* senza violare l'autorità della cosa
 giudicata? È questa un'altra obbiezione contra la dottrina dell'ar-
 resto. Merlin, *loco citato*, dice per rispondervi che questa disposizione
 dev'essere intesa del caso in cui il giuri dichiarando l'accusato non
 colpevole, dichiara puranche, perchè la Corte propose la quistione,
 che l'atto è vero, che l'atto non è falso o falsificato; la quale
 quistione, dice Merlin, potè essere dalla Corte proposta, poichè il
 Codice d'istruzione criminale non lo vietava; ma che quando il giuri
 siasi limitato a dichiarare che l'accusato non è colpevole, questo art.
 214 c. pr. = *3og II. pr. civ.* non impedisce che i giudici in via civile
 ordinino la *verificazione* del documento e l'annullino anche come fal-
 so, se la loro convinzione ve li persuade, perchè non si può dire che
 il documento sia stato verificato.

so : nulladimeno il tribunale di commercio e la Corte reale di Parigi annullarono , e la Corte di cassazione confermò la decisione.

Ma i *considerando* dell' arresto di quest' ultima Cortè, ben esaminati, sembrerebbero far credere che la sua giurisprudenza sopra tal punto delicato non fosse bene stabilita, e che non fosse vigente il Codice d' istruzione criminale attuale ciocchè sembrava essere vigente il Codice di nebbioso anno IV , giusta l' arresto del 21 messidoro anno IX innanzi citato. Il procuratore generale Mourre aveva anche conchiuso per la cassazione della decisione della Corte di Parigi.

In fatti fra i motivi di quest'ultima decisione, ve n'erano sicuramente molti i quali avevano per fondamento fatti donde risultavano gravi presunzioni di frode ; ma ve n'eran pure taluni in cui la Corte ragionava come se l' atto fosse stato *falso*, ed applicava in conseguenza le regole dettate dall' arresto del 21 messidoro anno IX. Se erasi limitata ad annullare l' atto sul solo fondamento che , quantunque Régnier era stato dichiarato non colpevole di falsità , non emergeva da ciò che le convenzioni contenute nell'atto non fossero il prodotto di fraudolenti rigiri , e non dovessero annullarsi , la sua decisione avrebbe lasciato intatta la quistione che ci occupa ; ma non fu così. Chechè ne sia , ecco l'arresto della Corte di cassazione (1), ch'è importan-

(1) Del 19 marzo 1817 ; *Sirey* , 17 , 1 , 181.

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 521
te conoscere. È inutile di riferire i motivi sui quali
Régnier fondava il suo ricorso.

« Attesochè, sul primo mezzo, i tribunali di
« commercio sono competenti ad estimare la vali-
« dità o la nullità delle transazioni commerciali ;
« Che questi tribunali sono tenuti a rinviare in-
« nanzi ai giudici civili per la verificaione della
« scrittura e della sottoscrizione, allorchè da tal
« verificaione dipenda la sorte della lite ;

« Che non è lo stesso quando indipendentemen-
« te e fatta astrazione da qualunque verificaione,
« l' istruzion della causa dimostra i vizj essenziali
« e le nullità de' contratti ;

« Che nella specie *il tribunale di commercio non*
« fondò la sua decisione *sopra alcun motivo che si*
« *applica alla falsità ;*

« Che tutti i motivi di questa sentenza al con-
« trario hanno per *unica base* le presunzioni che
« si elevano contra tale contratto, *tutte indipendenti*
« *dalla falsità.*

« Che decidendo, nelle circostanze, che la ve-
« rificaione della firma era inutile, il tribunale di
« commercio e la Corte reale di Parigi, lungi dal-
« l' aver violato le regole di competenza prescritte
« dalla legge, vi si sono esattamente uniformati ;

« Attesochè sugli altri mezzi *il tribunale di com-*
« *mercio lungi dal dichiarar falso il contratto,*
« *lo ha in vece ritenuto per vero* (1), poichè non

(1) Ma la Corte di appello *non lo ritenne per vero...*; e nondimeno
il ricorso era prodotto contra la *decisione*, e non contra la *sentenza...*

« lo ha dichiarato non obbligatorio, e non l'ha an-
 « nullato che *per motivi desunti dal vizio intrin-*
 « *seco che vi è inerente* (1);

« Che questo tribunale in fatti non ha dichiarato
 « Régnier inammissibile nella sua dimanda per esc-
 « cuzione del detto contratto, e non ne ha pro-
 « nunziato la nullità, che fondandosi sopra fatti e
 « sopra una infinità di presunzioni gravi, precise
 « e concordanti;

« Che queste presunzioni, *del tutto indipendenti*
 « *dalla falsità*, furono desunte dalle clausole me-
 « desime del contratto, dalle dichiarazioni fatte
 « dalle parti, dalle memorie rispettivamente pro-
 « dotte, dalla condotta straordinaria di Régnier,
 « dal non essersi presentati i registri, e da altre
 « circostanze ugualmente gravi che dimostrano l'im-
 « possibilità di supporre che *questo contratto sia*
 « *stato obbligatorio*;

« Che lungi dal riprovare alcun motivo di que-
 « sta sentenza, la Corte reale di Parigi la confer-
 « mò, e ne ordinò la piena ed intera esecuzione;

« Attesochè inoltre questa Corte confermando tale
 « sentenza, dichiarò essa stessa formalmente nei
 « motivi della sua decisione, che questo contratto
 « *erasi fatto per dolo e per frode* (2);

(1) Ciochè egli aveva indubitatamente il dritto di fare, giusta le circostanze della causa, ...e ciòchè toglie alla quistione, è d'uopo confessarlo, una gran parte, per non dir tutta, della sua importanza.

(2) Ciò è vero; ma aveva detto di più che la decisione criminale la quale assolve un accusato di falsità non è di pregiudizio alla ve-

« Che risulta per conseguenza dalla decisione la
« quale ha confermato la detta sentenza, *che sup-*
« *ponendo di non esser il contratto falso*, contie-
« ne almeno un vizio essenziale che ne produce la
« nullità; che esso è effetto del dolo e della fro-
« de; che per tal motivo non è obbligatorio, e
« dev' essere annullato.

« *Che poco importa che in parecchi motivi del-*
« *la decisione impugnata la Corte reale di Parigi*
« *abbia considerato anche come falso il contratto* (1);

« Che basta in fatti, perchè la dimanda per cas-
« sazione non sia in alcun modo fondata, che *colla*
« *dispositiva* della detta decisione la sentenza di
« prima istanza sia stata pienamente confermata,
« e che la detta Corte abbia essa stessa formalmen-
« te dichiarato che questo contratto era effetto del
« dolo e della frode;

« Che è inutile e senza oggetto, sotto tal rap-

racità dell'atto arguito di falso; che i giudici civili possono ancora non ammetterlo come *falso*, o dietro verificazione da essi ordinata, o anche senza verificazione, come nella specie aveva fatto il tribunale di commercio. Vedesi con qualche pena che la Corte di cassazione per evitare di pronunziarsi sulla quistione, cerca di velare i punti sui quali sarebbe stato annullabile la decisione della Corte reale di Parigi nel sistema che la sentenza criminale vincolerebbe i giudici in linea civile.

(1) Questo *considerando* è ben degno di notarsi; esso conferma l'osservazione fatta nella nota precedente, ed indica chiaramente che la Corte di cassazione *giustificando* in tal modo la decisione della Corte di Parigi col complesso de' suoi motivi, non credette dover ugualmente *confermare* quelli ai quali fa allusione in tale *considerando*, cioè quelli che precisamente formano il vero oggetto della quistione circa al *falso*, cioè del dubbio.

524 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

« porto lo esaminare o il merito de' motivi della
« decisione riguardanti la falsità, o l'effetto che
« deve produrre sopra un documento *in iscrittura*
« *privata* (1) arguito di falso, una decisione del
« giurì la quale dichiara la non colpabilità dell'ac-
« cusato ;

« Per tai motivi, la Corte rigetta il ricorso (2) ».

492. Quest'ultimo considerando non è evidentemente che un mezzo indiretto usato dalla Corte per esimersi dall'obbligo di pronunziare sopra una grave quistione, rispetto alla quale nondimeno premeva molto che si pronunziasse chiaramente, a fin di guidare i tribunali sopra un punto così delicato. Ci sembra tuttavolta risultare dall'insieme de' *considerandi* del suo arresto, di non aver essa assolutamente persistito nella sua prima giurisprudenza, tal quale risultava da quello del 21 messidoro annò IV.

Chechè ne sia di siffatta interpretazione, si dice (3), per sostenere che la sentenza criminale la

(1) Da tali parole, che sembrano esser messe appositamente, parrebbe risultare che se si trattasse di *atti autentici*, la sentenza che assolvesse l'accusato dovrebbe vincolare i giudici in linea civile, sotto il rapporto della *veracità* dell'atto, nel caso in cui fosse egli quello che ne volesse far uso: gli atti autentici in effetti fanno fede sino all'iscrizione in falso (art. 1529 c. c. = 1273 *ll. ec.*): or l'iscrizione in falso principale non sarebbe più possibile, e l'iscrizione in falso incidente civile sembrerebbe dover essere esclusa dall'art. 214 c. pr. = 309 *ll. pr. civ.*, ancorchè la dichiarazione del giurì fosse semplicemente: *no, l'accusato non è colpevole*, e non dicesse che l'atto è *vero*, che *non è falso o falsificato*, come Merlin suppone che potrebbe avvenire.

(2) Arresto del 19 marzo 1817, profferito a relazione di *Vergès*.

(3) Merlin, *loco citato*.

quale assolve l'accusato di falsità non è di ostacolo ai giudici in linea civile, che dichiarare di non *esser colpevole l'accusato*, non è dichiarare necessariamente vera l'obbligazione che egli è imputato di aver falsificata, giacchè la sua non colpevolezza potè risultare agli occhi del giurì dacchè, anche supponendo falsa l'obbligazione, non solo poteva esser falsificata da altra persona a sua insaputa e senza sua partecipazione, ma poteva egli stesso averne fatto uso in buona fede; che perciò non puossi sostenere che la non falsità dell'obbligazione sia una necessaria conseguenza dell'assoluzione dell'accusato, poichè tra queste due proposizioni: *l'obbligazione non è falsa* e *l'accusato non è colpevole*, non sussiste una tale connessione che la seconda sia compresa nella prima; che puossi supporre un mezzo termine tra l'una e l'altra, cioè: *il documento è falso, ma l'accusato non è nè autore nè complice della falsità*.

Questo ragionamento è vero nel caso in cui quegli che produce l'atto innanzi i tribunali civili, e che è stato assoluto attesa la dichiarazione di *non colpevole*, era accusato soltanto di essersi servito dell'atto sapendo che era falso, ed egli ha sostenuto di esser vero (1): in tal caso in fatti la dichiarazione del giurì potè essere determinata tanto perchè non si convinse che l'accusato, servendosi

(1) Imperocchè se egli stesso lo avesse riconosciuto falso, difendendosi soltanto con dire, che quando ne fece uso ignorava la falsità, non vi sarebbe più quistione, poichè il documento verrebbe lacerato.

del documento, sapeva che era falso, quanto perchè egli stesso credè che il documento fosse vero: potette esser anche nell'incertezza a tal riguardo, e siccome allora non aveva la convizione che l'accusato erasi servito del documento sapendo ch'era falso, dovette dichiararlo non colpevole.

Altra ipotesi: Filippo produce un contratto stipulato, egli dice, tra il suo autore e Paolo. Quest'ultimo si querela di falsità contro Filippo, accusandolo di essere egli stesso autore dell'atto, o di essersene servito sapendo ch'era falso. Filippo è rinviato innanzi la Corte di assise per esservi giudicato su questa doppia accusa. Se confessa che l'atto sia falso, ma sostiene di essersene servito ignorando che fosse falso, non avvi più quistione sull'effetto dell'atto, qualunque sia la dichiarazione del giurì.

Ma se sostenga che l'atto sia vero, la dichiarazione del giurì di *non colpevole* può essere stata determinata, o perchè il giurì credè vero il documento, o perchè lo credette falso, ma senza essere convinto che fosse l'opera dell'accusato, o che costui ne avesse fatto uso conoscendo egli stesso ch'era falso, o finalmente perchè fu incerto sulla falsità o sulla veracità del documento, ciocchè per conseguenza impedivà che avesse la convizione di essersi l'accusato servito del documento sapendo di esser falso.

Nelle due specie di sopra rüscrite, se il giurì non ha dovuto spiegarsi che sulla quistione: *L'acc-*

cusato, è egli colpevole? se non gliene viene presentata alcuna sulla falsità del documento medesimo, è chiaro che la sua sentenza non giudica necessariamente che questo documento è vero. Non puossi dire che *sia stato verificato* in una procedura in falso principale; in conseguenza l'art. 214 c. pr. = 309 ll. pr. civ. non farebbe ostacolo all'iscrizione in falso incidente civile. Il convenuto potrebbe eziandio limitarsi a negare il suo carattere o la sua sottoscrizione, o a dichiarare di non conoscere quella del suo autore, nel qual caso verrebbe ordinata la verificaione; e secondo il risultamento di tale verificaione, l'atto sarebbe ammesso o rigettato.

Ma il ragionamento di Merlin non ha più alcuna base quando colui che produce l'atto era accusato di esserne l'autore, e lo ha confessato, ma ha sostenuto che questo atto era sincero; giacchè in tal caso non puossi supporre che sia l'opera di un terzo, il quale l'avesse falsificato all'insaputa dell'accusato, nè che costui ha potuto farne uso nell'ignoranza di esser falso: se avvi falsità, il falsario è colui il quale si dichiara autore dell'atto, ed egli è innanzi al giurì. Tal era il caso della causa *Régnier*.

Debb'essere lo stesso se l'accusato sia incolpato di alterazioni o falsificazioni, ed egli nega di averle commesse, dichiarando che l'atto fatto con lui non sia uscito dalle sue mani, e che sin da principio fu tale qual'è presentemente.

Or legalmente parlando, e non considerando la

quistione che sotto il rapporto della *falsità*, e secondo le regole della cosa giudicata, allorchè un individuo accusato di aver egli medesimo falsificato un atto, confessa che effettivamente concorse alla sua formazione, ma allega che quest'atto sia vero, e vien egli dichiarato *non colpevole* dal giurì, non è forse questa una pruova che l'atto è vero, poichè in tal caso l'accusato avrebbe dovuto esser dichiarato colpevole se il giurì avesse creduto l'atto falso? La connessione della falsità dell'atto colla reità dell'accusato, o *vice versa*, della non reità dell'accusato colla veracità dell'atto, non è forse necessaria? È questa una grave quistione, sempre legalmente parlando.

Ma puossi opporre che ciocchè debbono giudicare i tribunali civili non sia assolutamente la quistione medesima giudicata dalla Corte di assise; che questa Corte doveva solamente giudicare se l'accusato era oppur no colpevole; che si doveva convincere della colpeabilità di lui, e che ciò appunto non ha luogo; che subito che vi era incertezza a tal riguardo nell'animo de' giurati, doveva risultarne la dichiarazione di *non colpevole*, poichè la legge loro dimandava una *intima convizione* per dichiarare l'accusato colpevole; art. 342 c. ist. cr. = 272 *ll. pr. pen.* Ma nei tribunali civili si tratta di un'obbligazione, esistente oppur no, e le parti cangiano come l'oggetto della quistione: l'accusato da reo convenuto diviene attore a volta sua per dimandare l'esecuzione dell'atto da lui prodotto; or

ogni attore deve giustificare la sua dimanda, ed all'oggetto somministrare pruove che possano convincere il giudice. La causa della prima azione era un preteso misfatto; quella della seconda è una pretesa convenzione: non è dunque il caso di dire che evvi identità tra ciocchè dee giudicarsi e ciocchè è stato giudicato, e di applicare la regola *eandem causam facit origo petitionis*.

Puossi soggiungere, ed è questa una grave considerazione, che la maggioranza del giurì potè credere falso il documento, e nondimeno l'accusato essere assoluto se la maggioranza fosse soltanto di un voto, e se la maggioranza de' membri della Corte di assise sia stata del parere della maggioranza del giurì; e dovett'esserlo dopo l'ultima legge sul giurì (1). Mentre che al contrario la maggioranza avrebbe dovuto essere a favore del documento, se avesse sopra esso giudicato un tribunale civile in un giudizio d'iscrizione di falso incidente civile. Elementi di giudizio sì diversi per ciocchè riguarda il documento stesso, ed è questo il solo oggetto della quistione di cui si tratta, non permettono dunque di prestare intera fede ad un atto che forse non ha in favore della sua verità che il minor numero di voti i quali servirono di base alla decisione donde vuolsi inferire che sia vero, giudicato vero. Se si obietta che non si

(1) Legge del 4 marzo 1831 che diceva: « La decisione del giurì si formerà contra l'accusato alla maggioranza di più di sette voti; » art. 5 ».

tratta di un computo di voti, ma di una decisione profferita, si risponderebbe che tale decisione non riguarda che la non colpevolezza dell'accusato, e poichè sol per induzione e pretesa connessione se ne vuol conchiudere che l'atto è riputato vero, non è vietato di esaminare se questa induzione sia ben fondata, se questa connessione sussista effettivamente: or essa non sussiste necessariamente, per quanto è d'uopo.

Infine evvi ancora una ragione, che ci sembra decisiva: supponete che un individuo al quale sia stato affidato un foglio con sottoscrizione in bianco per distendervi una procura, per esempio, vi abbia fraudolentemente disteso una obbligazione o una quietanza a suo favore: ciò costituisce un semplice delitto di abuso di fiducia, che dà luogo soltanto all'applicazione di una pena correzionale, ai termini dell'art. 407 c. pen. = 430 *ll. pen.* Ma la persona lesa col delitto produce querela di falsità, e l'autore del fatto, il quale pretende che l'atto sia vero in tutte le sue parti, vien accusato di falsità e rinviato innanzi la Corte di assise per esservi giudicato sulla falsità. Il giurì, o che pensi che l'atto sia veritiero, o che creda che ciò non sia che un semplice abuso di fiducia, dichiara l'accusato non colpevole, perchè la quistione relativa all'abuso di fiducia non gli fu sottoposta. La sua dichiarazione è perfettamente ciocchè doveva essere, anche nella supposizione che credeva di essersi l'accusato renduto colpevole del delitto di abuso di fiducia;

giacchè non erasi perciò renduto colpevole del *misfatto* di falsità. Or evidentemente ai tribunali civili non potrebbe esser di ostacolo siffatta dichiarazione; l'atto non è meno il prodotto della frode, abbenchè non costituisca *una falsità qualificata dalla legge*; ed annullandolo, non contravverranno all'art. 1522 c. c. = 1276 ll. cc., secondo il quale l'atto in iscrittura privata, riconosciuto o avuto per riconosciuto, ha tra coloro che l'hanno sottoscritto, loro eredi e quelli che hanno causa da essi, la medesima fede dell'atto autentico; giacchè quello di cui si tratta non fu riconosciuto dalla parte alla quale si oppone, e neanche la Corte di assise lo ebbe come riconosciuto sulla dichiarazione del giurì, poichè il giurì dichiarò soltanto che l'accusato non era colpevole di falsità, ciocchè nella specie era vero. Questo articolo altronde non è di pregiudizio ai mezzi che possonsi opporre all'atto per causa di frode, di errore, di violenza, di mancanza di causa o di causa lecita, ec. Per le medesime ragioni l'art. 214 c. pr. = 309 ll. pr. civ. neanche potrebbe applicarsi, in quanto che rigetta l'iscrizione di falso incidente civile allorchè il documento sia stato *verificato* in una *procedura di falso principale* o incidente.

493. La l. 47, ff. *de hered. petit.* dice che un figlio dopo essere rimasto succumbente nella querela di falsità contro il testamento di suo padre, può ancora impugnarlo come nullo; e ciò è vero per qualunque atto. Imperocchè la verità dell'atto co-

me atto non impedirebbe che fosse nullo per incapacità, errore, violenza, dolo, mancanza di causa, vizj di forma, ec.; ma questa è una quistione affatto diversa.

E la l. 14, ff. *de inofficioso*, dice ugualmente che il figlio può passare successivamente dalla querela di falsità alla querela d'inofficiosità, e *vice versa*.

494. Si agitò puranche la quistione se in senso inverso, l'accusato che fu dichiarato colpevole di falsità possa ancora essere ammesso a provare innanzi ai tribunali civili che l'atto sia vero per ottenerne l'esecuzione. Siffatta quistione può sembrare oziosa a fronte della disposizione dell'art. 565 c. ist. cr. = 424 ll. *pr. pen.*, il quale nel caso in cui degli atti autentici sieno stati dichiarati falsi in tutto o in parte, prescrive alla Corte o al tribunale, che ha pronunziato sulla falsità, di ordinare che sieno rifatti, cassati o riformati, e che di tutto sia disteso processo verbale; la quale disposizione non distingue tra il caso in cui vi sia stata oppur no parte civile nel giudizio criminale, e che si applica per lo medesimo motivo agli atti in iscrizione privata: cioè che vien confermato dall'art. 241 c. pr. = 336 ll. *pr. civ.* pel caso in cui taluni documenti indistintamente sieno stati riconosciuti falsi in una iscrizione di falso incidente civile.

Nulladimeno la surriferita quistione diè luogo ad una controversia tra Merlin e Toullier. Quest'ultimo pretese che l'art. 1351 c. c. = 1305 ll. *cc.*

fosse contrario a potersi opporre al condannato la sentenza che lo dichiarò colpevole di falsità, allorchè proceda in prosiegua in linea civile per ottenere l'esecuzione dell'atto, attesochè, dice Tullier, la quistione a decidersi è diversa da quella giudicata dalla Corte di assise; e neppure sembra che quest' autore distingua tra il caso in cui l'altra parte siasi costituita parte civile nel giudizio criminale, ed il caso contrario.

Primieramente non è dubbioso, a creder nostro, che nella prima ipotesi il condannato sia inammissibile, anche quando, per dimenticanza o per altro motivo, la Corte non avesse ordinato la lacerazione dell'atto; giacchè la falsità di questo atto fu giudicata in contraddittorio con lui e l'altra parte, poichè indipendentemente dall'azione pubblica esercitata dal ministero pubblico, vi è stata azione civile esercitata da questa parte; art. 3 c. ist. cr. = 5 ll. *pr. pen.* La querela in linea criminale e l'eccezione in linea civile hanno ambedue la medesima causa, la falsità dell'atto; e poco importa, come lo abbiamo detto precedentemente, che le giurisdizioni non sieno della medesima specie, a nulla ciò influendo allorchè in sostanza si agiti la medesima quistione tra le medesime parti, ed abbia la medesima causa: *exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem questio revocatur, vel* ALIO GENERE JUDICII, dico la l. 7, § 4, ff. *de except. rei judic.*; or tanto ha luogo nella specie. E poco im-

porta eziandio che colui il quale era attore nella prima causa sia reo convenuto nella seconda, e *vice versa*: ciò non cangia la natura della cagione della lite.

495. Ma nel caso in cui quegli contro al quale vien dimandata l'esecuzione dell'atto non si è costituito parte civile nella causa criminale, avvi maggior dubbio, specialmente se essendo l'atto in iscrittura privata, la Corte omise di ordinarne la lacerazione o la *cassatura*.

Nondimeno Merlin il quale discute tal punto nelle sue *Quistioni di dritto*, v. *falsità*, § VI, n.º 6, opina che la sentenza possa essere opposta al condannato, anche in tal caso, attesoche essa stabilisce un fatto costante per tutti, che l'atto è falso.

In fatti nella causa *Charret e Tourangin*, da noi riferita nel tomo X, n.º 146, Tourangin non si era costituito parte civile sul procedimento del ministero pubblico contra Charret, per fatto di furto da costui confessato nei biglietti ed obbligazioni da lui sottoscritti a Tourangin per questa causa, che vi era espressa; e nulladimeno una ordinanza della Corte reale di Burges avendo dichiarato che non eravi luogo a procedimento contra Charret, siffatta decisione, la quale rendeva *senza causa*, o per *falsa causa*, le obbligazioni da lui sottoscritte, potette validamente essere opposta a Tourangin: attesoche, diceva Merlin nelle sue conclusioni su questa causa, contra i delitti e

misfatti procede il ministero pubblico in nome della intera società e di ciascuno in particolare.

Avviene, dice ancora Merlin nelle sue *Quistioni di dritto, loco citato*, avviene come in Roma ove i cittadini in generale erano rappresentati da quello tra essi che si rendeva accusatore contra un altro cittadino: quest' ultimo, assoluto, non poteva esser chiamato più in giudizio pel medesimo fatto (1). E nelle azioni dette *popolari*, quando il delinquente era stato perseguitato da qualcuno, non poteva più esserlo pel medesimo fatto, nè dalla medesima persona, nè da un' altra (2). ■

496. Ed è certo eziandio appresso noi che se colui contro al quale si è proceduto ad istanza del pubblico ministero, sia stato assoluto, perchè non fu dimostrata l' esistenza del reato, è certo, diciamo, che non avvi più azione, nè criminale nè civile, a ragione del fatto medesimo, e che colui il quale si pretendesse leso per tal fatto non ne avrebbe alcuna, anche innanzi ai tribunali civili, protestando di non essere stato parte civile nella causa. La legge non accorda azione civile a ragione di un misfatto o delitto, se non quando avvi misfatto o delitto: or fu giudicato che non eravene, e ciò fu giudicato colla persona avente incarico dalla legge di procedere per la punizione. Toullier lo ammetteva anch' egli, ciocchè distrugge la base della sua opinione su questo punto.

(1) L. 9 Cod. de accusat. et inscript.; e l. 7, § 2, ff. de accus.

(2) L. 3, ff. de popular. actiōib.

497. In senso inverso la Corte di cassazione giudicò con arresto del 5 maggio 1818 (1), confermando una decisione della Corte di Caen del 13 dicembre 1816 che, *quando un tribunale criminale ha giudicato affermativamente un fatto di reità contra un imputato, questa sentenza, divenuta inimpugnabile, serve ugualmente di base alle dimande civili che ne formano gli accessori*; cioè che deve intendersi riguardo alle dimande che fossero formate di poi innanzi i tribunali civili da persone lese per effetto del reato, che non si sono costituite parti civili nel giudizio criminale, alle quali dimande si applica l'ultima disposizione dell'art. 359 c. ist. cr. = 42 e segu. ll. pr. pen. Imperocchè per le persone lese dal misfatto e che si sono costituite parti civili, debbono esse, giusta il secondo paragrafo del medesimo articolo, avanzare la loro dimanda per danni ed interessi prima della sentenza, sotto pena di non essere di poi ammesse: cioè che debbe intendersi dell'azione intentata anche dinanzi i tribunali civili.

IV.^a CONDIZIONE: *Che la dimanda sia fatta tra le medesime parti, procedenti nella medesima qualità.*

498. La cosa giudicata non si presume verità se non tra coloro che furono parti nella sentenza. In

(1) *Sirey*, 1819, 1, 162.

fatti non sarebbe stato giusto che la negligenza di uno dei litiganti potesse nuocere ad un terzo, o che la decisione, forse mal fondata, da lui ottenuta, giovasse ancora ad un altro. Da ciò emerge quella doppia regola: *Res inter alios judicata aliis non praejudicare*, l. 63, ff. *de regul. juris*; *neque emolumentum afferre hiis qui judicio non interfuerunt*, l. 2, Cod. *quib. res judic. non nocet*.

499. Ed abbenchè nel secondo giudizio procedesse la medesima persona, come attore o come convenuto, se non agisse nella qualità istessa che nel primo, l'eccezione della cosa giudicata non avrebbe luogo. Così, Paolo in qualità di tutore di Pietro forma contro di me dimanda di rilasciare il tale fondo che sostiene appartenere al minore; io sono assoluto dalla dimanda: nulla impedirà a Paolo, se discopra che il fondo appartiene a lui medesimo, di agire contro di me per rivendicazione, e *vice versa* se da principio avesse proceduto in suo nome, e fosse stato succumbente, nulla gl'impedirebbe in prosiegua di agire in nome del minore. In tai casi neanche in realtà procede la medesima persona, poichè in un giudizio ha agito in suo nome, nell'altro nel nome di altra persona.

500. Di più, un defunto ed il suo erede sono considerati come una sola e medesima persona, talchè ciocchè venne giudicato contra il primo o a suo favore, si reputa giudicato contra il secondo o a suo vantaggio; ma se l'erede dimanda in suo nome, e per suo dritto proprio e personale, ciò che

il suo autore aveva indarno dimandato alla medesima persona, non potrà opporgli l'eccezione della cosa giudicata. Ugualmente in senso inverso non potrebbe essergli opposta se egli stesso avesse da principio proceduto in proprio e personal nome, e di poi, essendo rimasto succumbente, agisse in qualità di erede di un tale; l. 10, ff. *de præscript. et except.* Imperocchè dal motivo che nel primo caso non gli era dovuta o non gli apparteneva la cosa dimandata dal defunto, non segue che essa non sia dovuta o che non appartenga al suo erede; e nel secondo caso, dacchè non era a costui dovuta, non segue che non fosse dovuta al defunto.

501. Quel che diciamo riguardo agli eredi, e colla sopraespressa limitazione, si applica ai legatarij universali o a titolo universale, o ai donatarij per contratto di matrimonio di tutti o parte de' beni che il donante lascerà a morte sua: giacchè gli uni e gli altri stanno *loco heredum*, e formano a questo titolo una sola e medesima persona col defunto.

502. La qualità di erede *beneficiario* neanche cangia cosa alcuna a tali principj, sebbene altronde impedisca la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede (art. 802 c. c. = 719 ff. cc.): subitochè quest'ultimo agisce in qualità di erede, ciocchè fu giudicato col suo autore si reputa giudicato anche con lui: soltanto se la sentenza ha pronunziato condanne personali contra il defunto, l'erede beneficiario non è tenuto ad esc-

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 559
guirle se non nei limiti stabiliti dalle regole sul
beneficio dell' inventario.

503. Ciocchè fu giudicato con un marito, in siffatta qualità, nei casi in cui la legge gli accorda l'esercizio delle azioni di sua moglie, si considera giudicato con costei, quantunque non sia stata messa in causa.

Del pari nel caso di comunione, senza parlare delle azioni riguardanti i beni che la compongono, e che debbono sperimentarsi dal solo marito (art. 1421 c. c. = 1396 ll. cc.), siccome sotto tale regola può egli solo sperimentare le azioni mobili e possessorie che appartengono a sua moglie (art. 1428 c. c. = 1399 ll. cc.), la sentenza proferita a favore o contra di lui, in queste azioni, si considererà proferita a favore o contro sua moglie: e viemaggiormente se l'azione sopra mobili della moglie fosse entrata in comunione, perchè la cosa non erale rimasta propria; giacchè allora il marito come capo ed amministratore de' beni della comunione, e potendo a questo titolo alienarli, venderli ed ipotecarli senza il concorso della moglie, ed anche donarli con talune limitazioni (art. 1421 e 1422 c. c. = 1396 ll. cc.), sperimentando l'azione, avrebbe egli agito per un diritto proprio. Sarebbe ciò vero, ancorchè la moglie avesse stipulato di riprenderne tuttociò che vi aveva apportato, nel caso in cui rinunciasse alla comunione (art. 1514 c. c.), ed in prosieguo esercitasse tal diritto di ricupero: il marito non aveva meno l'azione allor-

chè essa venne esercitata; salvo alla moglie la sua indennità, se si è perduto il suo dritto per colpa del marito, per esempio perchè abbia lasciato compiere la prescrizione; art. 1428 ll. cc. = 1399 ll. cc.

Similmente ancora nel caso in cui i coniugi sien maritati colla regola di esclusione da comunione senza separazione di beni, siccome il marito ha l'amministrazione de' beni della moglie, ed il godimento delle rendite di lei (art. 1530 c. c.); siccome egli riceve per effetto di tale amministrazione tutto il mobiliare da lei apportato in dote o che le perviene durante il matrimonio, salvo la restituzione che ne deve fare dopo lo scioglimento del matrimonio, o dopo la separazione di beni che fosse giudizialmente pronunciata (art. 1531 c. c.); ne segue che spetta a lui lo sperimento delle azioni sopra mobili che competono a sua moglie, e che quel che vien giudicato con lui nelle sue azioni, si considera giudicato colla moglie medesima, salvo al marito di essere responsabile delle perdite cagionatele per sua colpa.

Egli ha ugualmente le azioni possessorie sotto questa regola.

Ma sotto le due regole, se si tratta di dritti sopra stabili appartenenti alla moglie, essa è quella che o da attrice o da convenuta dee stare in proprio nome in giudizio, ed il marito l'assiste per la validità delle procedure, ed agisce in proprio nome per la difesa de' suoi dritti circa al godimento che egli ha di questi medesimi beni.

Finalmente sotto la regola dotale propriamente detta, il solo marito ha l'amministrazione de' beni dotali durante il matrimonio. Egli solo ha il dritto di chiamare in giudizio i debitori ed i detentori, di esigerne i frutti e gl'interessi, e di ricevere il rimborso de' capitali. (art. 1549 c. c. = 1362 ll. cc.); per conseguenza ciocchè vien giudicato contra di lui relativamente a questi medesimi beni, si considera giudicato con la moglie, ancorchè costei non fosse stata posta in causa; salvo a lei il suo regresso contro suo marito, se ha lasciato deperire i di lei dritti per sua colpa, ed anche il ricorso per ritratteggio se siasi colluso coll'altra parte; art. 480 — 1.º c. pr. = 544 — 1.º ll. pr. civ.

504. Ciocchè fu giudicato con un tutore si considera anche giudicato col minore o l'interdetto (art. 450 e 509 c. c. = 373 e 432 ll. cc.), salvo al minore o all'interdetto il ricorso per ritratteggio, se non sia stato debitamente difeso (art. 481 c. pr. = 545 ll. pr. civ.): per esempio, se l'autorizzazione del consiglio di famiglia era necessario al tutore per agire, o per aderire, perchè trattavasi di un dritto sopra stabili (art. 464 c. c. = 387 ll. cc.), ed egli abbia agito o aderito senza tale autorizzazione.

Per effetto dello stesso principio, ciocchè fu giudicato con un mandatario nei limiti delle facoltà accordategli, si considera giudicato col mandante, e ciocchè è stato giudicato col sindaco di un comune, o coll'amministratore di uno stabilimento

pubblico, agendo in tali qualità, e debitamente autorizzati a questo effetto, si reputa giudicato col comune o collo stabilimento.

Ma queste diverse sentenze non potrebbero essere opposte a coloro che non hanno agito in lor proprio nome e nel loro proprio interesse, nel caso in cui avessero personalmente dritti alla cosa che ne ha formato l'oggetto. Ecco perchè la sentenza profferita contra una parte non può essere opposta al patrocinatore o all'avvocato che le ha prestato il suo ministero nella causa, ignorando il suo diritto rispetto alla cosa che formava la materia della lite; l. 54, ff. *de rei vindic.*

505. Abbiain veduto più innanzi (n.º 495) che l'individuo perseguitato dal ministero pubblico per misfatto o delitto, e liberato pel motivo che il misfatto o il delitto non si sono provati, può opporre la sentenza alle persone che si pretendono lese dal fatto, le quali volessero di poi procedere contra di lui in linea civile; che questa sentenza ha l'autorità della cosa giudicata rispetto a tutti coloro i quali, potendo costituirsi parte civile, non l'abbiano fatto, perchè sono stati rappresentati dal ministero pubblico; e *vice versa* che se l'accusato sia stato condannato, la sentenza comprova il fatto, anche rispetto alle persone lese che non si sono costituite parte civile, le quali possono in conseguenza procedere pei loro danni ed interessi innanzi ai tribunali civili; art. 559, ultimo paragrafo, c. ist. cr. = 42 e segu. ll. pr. pen.

506. Generalmente nelle azioni reali la sentenza profferita pro o contra l'autore si considera puranche profferita pro o contra colui che gli succede a titolo particolare nella cosa per ragione della quale fu profferita la sentenza.

Quindi la sentenza pronunziata a vantaggio del venditore di un fondo giova all' acquirente ; e ciò ha luogo sia che si tratti della proprietà del fondo , sia che si tratti di una servitù , poichè l' acquirente ha tutti i dritti del venditore rispetto alla cosa venduta ; l. 9 e 11, §§ 3 e 9, ff. *de except. rei judic.*

Lo stesso ha luogo a favore di un compermutante o di un transigente , o di un creditore che ha ricevuto la cosa in pagamento. Deesi puranche sostenere lo stesso riguardo ad un donatario o ad un legatario : essi hanno ugualmente i dritti del loro autore rispetto alla cosa donata o legata ; sono suoi aventi causa *propter rem*.

Vice versa, se la sentenza fu profferita contra il venditore o il compermutante , o contra colui che ha dato la cosa , o che ne ha fatto l' abbandono per transazione , o che l' ha ceduto a titolo di pagamento , questa sentenza , resa sia sulla proprietà , sia sopra un dritto di servitù , potrà essere opposta al successore del pari che ad un creditore ipotecario , se tuttavia i dritti del successore sieno posteriori alla dimanda sulla quale è stata profferita , e sono presentati come procedenti o derivanti da colui contro il quale lo è stato ; giacchè non potette

costui conferire ad un altro dritti maggiori di quelli che allora egli stesso aveva; l. 11, §§ 9 e 10, e l. 28 *hoc tit.*; e l. 3, § 1, ff. *de pignorib. et hypoth.*

507. Ma se il terzo aveva già dritti sulla cosa al tempo della dimanda, la sentenza profferita contra colui dal quale derivano questi dritti non farebbe legge contra questo terzo, se non fosse stata profferita in comune con lui; almeno potrebbe costui produrre opposizione di terzo, se essa gli venisse opposta, in conformità dell'art. 474 c. pr. = 538 *ll. pr. civ.*

Così, se colui che ha ipotecato un fondo di cui era possessore, sia di poi stato evinto di tal fondo per effetto di un'azione di rivendicazione formata da un terzo che se n'è preteso proprietario, la sentenza non potrà nuocere al creditore che non è stato messo in causa. Ciò vien positivamente stabilito da Papiniano nella l. 29, § 1, ff. *de except. rei jud.*: *Nam creditor locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam præcesserit.* La l. 3, princip. ff. *de pignoribus et hypoth.*, ch'è eziandio un frammento di Papiniano, contiene una simile risoluzione.

In fatti dacchè il debitore non era più proprietario al tempo della dimanda formata contra di lui, non segue che egli non lo fosse al tempo in cui ipotecò la cosa, poichè ben potè cessare di esserlo nell'intervallo. Or basta che lo fosse quando costituì l'ipoteca, perchè essa debba produrre il

suo effetto ; ma col peso pel creditore di farne la pruova (1). Viemaggiormente sarebbe applicabile siffatta risoluzione al caso in cui la sentenza fosse stata profferita per collusione col debitore ; l. 5 , Cod. *de pignorib. et hypoth.*

508. E debbe in tal modo risolversi , anche quando l'origine del diritto del vincitore fosse anteriore alla costituzione dell'ipoteca, concessa prima della dimanda. Quindi sebbene, giusta l'art. 2125 c. c. = 2011 ll. cc. , colui il quale non aveva se non un dritto sospeso da una condizione , o risolubile in determinati casi , o soggetto a rescissione , non possa costituire che un'ipoteca soggetta alle medesime condizioni o alla medesima risoluzione , nondimeno la sentenza che ha pronunziato l'annullamento o la rescissione del dritto di proprietà del debitore non potrà essere opposta al creditore che aveva un'ipoteca anteriore alla dimanda sulla quale è intervenuta tale sentenza , o almeno questo creditore sarà ammesso a produrre opposizione di terzo. Diversamente un debitore potrebbe in facil modo far svanire le ipoteche che avesse costituito ai suoi creditori , intendendosela con un terzo che gli avesse venduto o donato l'immobile, e che dimanderebbe per un pretesto qualunque la nullità, la rescissione o la revocazione dell'atto di alienazione. Neanche in tal caso è necessario , a creder nostro , che il creditore provi la collusio-

(1) L. 15 , § 1 , ff. *de pignorib. et hypoth.*

ne, cosa per lo più assai difficile a provarsi, e spesso anche impossibile; salvo al terzo di stabilire il suo dritto rispetto a lui, come lo ha fatto rispetto al debitore.

Vero è, e lo abbiain detto noi stessi, che un creditore per potere sperimentare l'ipoteca a lui costituita, è obbligato, se sia un'ipoteca speciale, di provare che al tempo dell'ipoteca la cosa trovavasi *in bonis debitoris* (1); ma nella specie essa vi si trovava, giacchè l'atto di alienazione non era nullo di dritto, ma è stato annullato dalla sentenza. Vero è puranche che la sentenza è semplicemente *dichiarativa*, e che il creditore trae il suo dritto dal debitore contro al quale è stata pronunziata; ma da un altro lato il creditore non fu rappresentato in questa sentenza dal debitore, poichè il suo dritto esisteva già al tempo della dimanda: *creditor locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam præcesserit*. La cattiva difesa opposta dal debitore può ben nuocere a lui, ma non deve nuocere al creditore, che ha un dritto distinto, quantunque gli provenga da lui. Perchè il terzo non faceva egli dichiarare la sentenza comune con tal creditore, o non ne fa pronunciare una presentemente con lui, la quale stabilisca effettivamente che il debitore nel tempo in cui gli costituì l'ipoteca, non aveva che un dritto soggetto a rescissione o a nullità? allora non vi sarà

(1) Egli è diversamente nelle ipoteche generali costituite sopra beni futuri; l. 15, § 1, ff. *de pign. et hypoth.*

più dubbio; l'art. 2125 c. c. = 2011 ll. cc. lo risolverà in suo favore.

509. Se avvi lite tra un venditore o donante d'immobili sotto condizione sospensiva non ancora verificata ed un terzo, la sentenza profferita a pro di questo venditore o donante, sia circa alla proprietà de' beni, sia circa ad un dritto di servitù, può anche essere allegata dal compratore o donatario dopo l'adempimento della condizione, giacchè sebbene la condizione adempita abbia un effetto retroattivo al giorno del contratto (art. 1179 c. c. = 1132 ll. cc.), e per tal ragione si possa dire che il venditore o il donante non era più proprietario, nondimeno avea qualità per difendere la cosa, e la difendeva nel suo interesse vie più che in quello del compratore o del donatario, almeno generalmente.

510. Ma se la sentenza si fosse profferita contro di essi, sarebbe applicabile quanto abbiamo detto riguardo a coloro che avevan già dritto sulla cosa al momento della dimanda; e quindi la sentenza, nel caso in cui la condizione si adempisse, non potrebbe essere opposta al compratore o al donatario, o almeno costoro potrebbero produrvi opposizione di terzo, anche senza essere tenuti a provare che sia stata profferita per collusione. In fatti la retroattività della condizione verificata farebbe supporre che la sentenza fu pronunziata con una persona che non era più proprietaria; e se tale finzione di dritto non ci arresta nel caso precedente, avvien perchè avvi una grande differenza: il ven-

ditore o donante ha tacitamente mandato dal compratore o dal donatario per difendere la cosa, ma non l'ha per compromettere. In simil caso spetta all'altra parte di chiedere che sia chiamato in causa colui che ha dritti condizionali sopra i beni, o di chiamarlo essa medesima, a fin di evitare una nuova lite.

511. E se la vendita o la donazione fosse fatta sotto condizione risolutiva, siccome il venditore o il donante si reputerebbe aver dritti sui beni sotto una condizione sospensiva contraria (per argomento della l. 56, ff. *de rebus creditis*), la sentenza profferita a favore dell'acquirente o del donatario, prima dell'adempimento della condizione risolutiva, gioverebbe per la medesima ragione al venditore o donante; ma la sentenza contraria non potrebbe essere loro opposta, almeno generalmente. Laonde nel caso di una vendita fatta con facoltà di ricompra, ciocchè costituisce una vera condizione risolutiva, ma potestativa da parte del venditore, o nel caso di una donazione revocata per sopravvenienza di figli, siccome i beni rientrano in potere del venditore o donante franchi e liberi da tutti i pesi imposti dal donatario o dal compratore (art. 963 e 1673 c. c. = 888 e 1519 ll. cc.), la sentenza profferita contra questi ultimi, riguardando a questi stessi beni, non potrebbe essere opposta al venditore o donante. Debbe avvenire in fatti delle sentenze come de' contratti, giacchè *in judicio quoque contrahimus*.

512. Pei medesimi motivi opiniamo che le sentenze profferite a vantaggio degli eredi, circa ai beni legati sotto una condizione, e mentre che la condizione è in sospenso (1), possano, nel caso in cui si verificasse, essere eccepite dal legatario, non solo perchè furono profferite coi proprietarj (2), ma ancora perchè gli eredi doveano per mandato del testatore conservare la cosa nell'interesse del legatario. Tuttavolta siccome l'erede non può, con sentenze vie meno che con convenzioni propriamente dette, alterare i dritti del legatario, costui nel caso che queste sentenze fossero contrarie ai suoi dritti potrebbe produrvi opposizione di terzo, se non fosse stato chiamato in causa.

513. Abbiain detto che la sentenza profferita contro l'autore, riguardo alla proprietà della cosa alienata, o ad una servitù, fa legge pel successore a questa medesima cosa; se la dimanda sia anteriore alla costituzione del suo dritto; ma in senso inverso, la sentenza pronunziata contra il successore non può essere opposta al suo autore, giacchè il costui dritto non proviene da lui, come il dritto

(1) Ad essi appartiene l'azione di rivendicazione, l. 66, ff. *de rei vindic.*, quantunque non abbiano, dice Cuiacio su questa legge, che una proprietà *imperfetta*. Possono ancora far cadere questi beni nella loro quota, ma senza pregiudizio del dritto del legatario, se la condizione si verificherà; l. 12, § 2, ff. *familiae erciscundae*. V. quanto si disse su tal punto nel tomo IX, n.º 505.

(2) Nei legati la condizione non ha un effetto retroattivo sotto tutti i rapporti come nei contratti: ma vedi quanto fu detto a tal riguardo nel medesimo volume, n.º 310 e seguenti.

550 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà*,
del compratore deriva dal venditore. La legge 9 ,
§ 2 , ff. *de except. rei judic.* ne porge un esem-
pio : Se avete venduto a Tizio un fondo come es-
sendo a voi pervenuto , per esempio , da una suc-
cessione , ed io pretendendomene proprietario, abbia
dimandato la rivendicazione contro Tizio ; se la sen-
tenza mi sia stata favorevole , e di poi asserendo-
vi proprietario per una causa qualunque , voi pro-
ducete contro di me dimanda per rivendicazione di
questo medesimo fondo , io non potrei opporvi la
sentenza : giacchè Tizio ripeteva il suo titolo da
voi , ma voi non ripetete il vostro da lui , poichè
siete suo venditore.

E *vice versa* , dice la legge seguente , se nella
specie io fui succumbente nella mia dimanda con-
tro Tizio , e produco di poi dimanda contro di
voi , che per una causa qualunque siete divenu-
to possessore del fondo , non potrete oppormi la
sentenza ottenuta da Tizio. Voet (1) fa tuttavia
eccezione pel caso in cui voi foste rientrato nel pos-
sesso del fondo per mancanza di pagamento ; o per
qualche altra causa che avesse prodotto lo sciogli-
mento della vendita che avevate fatto a Tizio. Ciò
è dubbioso , ma non lo sarebbe se si trattasse di
una rivendita o retrocessione da parte sua.

514. La specie della l. 11 , § 3 , del medesimo
titolo , è ben differente. Essendo voi ed io eredi di
Tizio , voi producete contro Sempronio dimanda

(1) *Ad Pandectas* , tit. *de rei except. rei judic.* , n.º 5 , in fine.

per la parte vostra in un fondo che pretendete appartenere per intero alla successione, e rimanete perditoro; di poi io compro questa medesima parte da Sempronio, che mi ha rilasciato la mia volontariamente o per effetto di rivendicazione, poco importa, e voi produceste in seguito dimanda di divisione contro di me: io posso opporvi l'eccezione della cosa giudicata con Sempronio, dice il giureconsulto; giacchè essendo Sempronio mio venditore, ho tutti i suoi dritti relativamente alla cosa, e l'*eccezione rei judicatae* è una eccezione reale. Poco importa eziandio che non sia la stessa azione che ha avuto luogo contro Sempronio, poichè la parte che mi dimandate in tal fondo, me la dimandate in virtù della medesima causa in virtù della quale voi l'avete dimandata a Sempronio, la vostra qualità di erede di Tizio: or *eamdem causam facit origo petitionis, et nec refert an eodem vel ex diverso judicio agatur*. Dev' essere di tal caso, continua lo stesso giureconsulto, come se voi aveste dimandato a me medesimo questa stessa parte nella vostra qualità di erede di Tizio, e che avendo perduto, vorreste di poi ottenerla coll'azione di divisione, *familiae erciscundae*: or sicuramente io vi opporrei l'eccezione della cosa giudicata; dunque debbo ugualmente aver dritto di opporvela, poichè voi siete rimasto succumbente rispetto al mio venditore, ed io ho tutti i suoi dritti rispetto alla cosa venduta.

515. Dalla regola che la cosa giudicata fa legge soltanto tra le parti nella lite, emerge che se io

ho dimandato ad uno degli eredi del mio debitore per causa di mutuo, di deposito, di vendita, ec., la sua parte nel debito, e sia rimasto succumbente, non importa per qual motivo, nulla m'impedirà di produrre una simile dimanda contra il suo coerede, anche fondandomi sulla medesima causa; giacchè quantunque sia la medesima quistione, nondimeno il cangiamento di persona fa che sia un'altra cosa quella che dimando; soltanto essa è simile alla prima: *Nam etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit*; l. 22, *hoc tit.* Ed avverrebbe così, ancorchè io avessi dimandato a questo erede tutto il debito, giacchè non vi sarebbe sempre cosa giudicata che per la parte sua, se non avesse un mandato da' suoi coeredi per opporsi alla mia dimanda in ciocchè li riguardava.

E se, erede soltanto per parte del creditore, produco dimanda contra il debitore o il suo erede, sia per tutto il debito, sia per la mia parte, e risulio perditore, è chiaro che nulla impedirà ai miei coeredi di dimandare la loro, attesochè non ho potuto comprometterla senza loro mandato.

516. Per la medesima ragione se, collegatario con Paolo della tale cosa, per esempio del fondo Semproniano, produco io solo dimanda di rilascio contra i debitori del legato, sia per la mia parte, sia per lo intero, e succumbo, non importa il motivo, la sentenza non dovrà essere opposta al mio

collegatario, il quale potrà loro dimandare la sua parte nella cosa legata, ed anche il tutto se io fossi incapace di raccogliere il legato, giacchè allora vi sarebbe luogo al dritto di accrescimento a suo vantaggio; art. 1044 c. c. = 999 ll. cc.

La legge 1.^a ff. *de exceptione rei judicatae* dice che essendo regola che la cosa giudicata con uno non produca veruno effetto coll'altro, ne risulta che quando pure un legatario sia rimasto perditore nella sua dimanda di rilascio del suo legato, anche sul motivo addotto che il testamento fosse nullo o rotto per l'agnazione di un postumo, ciò non impedisce ad un altro legatario o a colui al quale è stata legata la libertà, di agire in virtù di questo testamento per ottenere il rilascio del legato a lui fatto; e nondimeno era massima puranche in Roma che l'effetto de' legati dipendeva dall'effetto dell'istituzione di erede (1), talchè la sentenza che l'annullava rendeva per la medesima ragione caduchi i legati, e poteva essere opposta ai legatari, salvo a costoro di appellarne se fosse stata profferita per collusione,

(1) Così, allorchè l'istituto ripudiava il testamento, i legati ed i fedecomessi particolari divenivano caduchi, l. 17, ff. *si quis omisa causa testamenti*, cc.; ammenochè egli non adisse la successione come erede legittimo, o ricevesse i beni in virtù del dritto pretorio, nei quali casi l'editto del pretore l'obbligava a pagare i legati ed i fedecomessi, come il dimostra tutto il titolo, *si quis omisa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem*. Ma appresso noi la rinunzia del legatario universale o a titolo universale non fa svanire i legati particolari, i quali allora sono soddisfatti da coloro che raccolgono i beni in sua mancanza.

o se l'istituito non aveva difeso la causa, o era stato condannato *per injuriam judicis*. Tanto risulta dalla leggi 50, § 1, ff. *de legat. 1.º*; 29 ff. *de inoffic. testam.*, e 6, §§ 1 e 2 ff. *de appell. et relationib.* Ma ciò perchè nella specie della l. 1.ª *de except. rei judic.*, di sopra citata, la sentenza di cui si tratta non fu pronunziata *de hereditate*, lo fu soltanto *de legato*. Queste parole della legge: *licet ruptum, vel irritum, aut non justum DICATUR testamentum*, non significano che il testamento fu giudicato nullo o rotto, ma soltanto che *si disse* di esserlo.

Ma quando anche presentemente il testamento fosse stato dichiarato nullo nella lite insorta tra gli eredi legittimi ed il legatario universale, non sarebbe questa una ragione perchè dovesse ugualmente reputarsi nullo rispetto agli altri legatarj: coloro che non furono in causa avrebbero dritto di produrre opposizione di terzo alla sentenza, se venisse loro opposta sulla dimanda di rilascio de' legati ad essi fatti, ancorchè non fosse stata pronunziata in contumacia o per effetto di abbandono della causa, ovvero non provassero che il sia stato per collusione. Viennaggiormente la sentenza profferita contra un semplice legatario a titolo particolare, anche sul motivo che il testamento è nullo, non arreca pregiudizio agli altri legatarj.

517. Quella pronunziata a vantaggio del debitore sopra il fatto medesimo del debito, giova al fideiussore, l. 21, § *ult.*, *hoc tit.*; perchè l'eccezione

della cosa giudicata è reale: in guisa che giova non solo a coloro che furono parti nella sentenza, ma anche a coloro che vi vennero rappresentati; or il debitore rappresenta il fideiussore circa al debito: per cui le eccezioni reali possono essere invocate dal fideiussore; art. 2036 c. c. ~~1908~~ *1884* *Il. cc.*

Tuttavia se la sentenza non avesse dato congedo al debitore che per motivo di una eccezione personalmente personale, per esempio nel caso di minor età, e vi fosse ciò espresso, il fideiussore non potrebbe invocarla (art. 2012 c. c. ~~1884~~ *1884* *Il. cc.*), ancorchè non avesse specialmente riservati i dritti del creditore contro di lui: la legge medesima li riservava in tal caso.

Se la sentenza fosse pronunziata contra il debitore che poteva nulladimeno allegare una eccezione perentoria, come la prescrizione, e non lo abbia fatto; si considererebbe pronunziata benanche col fideiussore medesimo, perchè il debitore lo rappresenta circa al debito; ma il fideiussore, contro al quale si volesse eseguirla, potrebbe produrvi opposizione di terzo, ed addurre questa eccezione; l. 62, ff. *de pactis* per argomento.

Di più nel caso medesimo in cui il debitore fu giustamente condannato; se il fideiussore ha qualche eccezione personale da addurre contra la sua fideiussione, per esempio la sua qualità di donna maritata non autorizzata, è chiaro che può produrre puranche opposizione di terzo alla sentenza.

518. Se la sentenza sia stato profferita contro

di lui, non arreca alcun pregiudizio al debitore, il quale neanche ha bisogno di produrvi opposizione di terzo, giacchè non può essere a lui opposta. In fatti il fideiussore non rappresenta il debitore, anche circa al debito.

Se la sentenza fu profferita a vantaggio del fideiussore, non chiamato in causa il debitore, bisogna distinguere:

Se la sentenza fu profferita sul solo fatto della fideiussione, per esempio perchè il creditore ha deferito su tal punto il giuramento al fideiussore, che lo ha prestato (art. 1365 c. c. = 1319 ll. cc.), o perchè il creditore non ha potuto stabilire la fideiussione, o perchè il fideiussore ha allegato una eccezione personale, come la minore età; allora è chiaro che la sentenza che gli ha dato congedo per l'uno o l'altro di questi motivi non può essere invocata dal debitore principale: i suoi effetti non han luogo che a vantaggio del fideiussore, poichè non riguarda che la fideiussione.

Ma se il fideiussore sia stato liberato dalla dimanda per aver prestato il giuramento a lui deferito dal creditore sul fatto medesimo del debito, siccome il precitato art. 1365 dice che in tal caso il giuramento prestato dal fideiussore giova al debitore principale, è chiaro che la sentenza profferita in conseguenza di tale giuramento deve per la ragione medesima giovargli; e ciò appunto vuol dire questo articolo.

Se la sentenza fu profferita sul motivo che il fi-

deiussores pagò il debito, è d'uopo eziandio dire che può essere invocata dal debitore principale; giacchè è come se il fideiussore avesse un atto di pagamento; può costui farsi rimborsare, e stante ciò il debitore non può essere obbligato di pagare al creditore; il debito è estinto rispetto al medesimo, e gli è surrogato il fideiussore.

Ma avvi maggior dubbio allorchè la sentenza che ha dato congedo al fideiussore sia fondata sul motivo o di non esservi stato debito, o di avere il debitore medesimo pagato quello che esisteva, o di essersi questo debito estinto colla perdita della cosa dovuta, sia colla prescrizione, sia per qualunque altra causa, estranea al fideiussore: giacchè nella prima ipotesi, come mai potrebbesi dire che la persona convenuta qual fideiussore rappresentava il debitore, poichè secondo esso non eravi debito, e per conseguenza neppure fideiussione? Ed anche nelle altre ipotesi il fideiussore neppure rappresenta il debitore; non forma una sola e medesima persona con lui riguardo al debito, come il debitore si considera formarne una seco lui. Poco importa che il giuramento decisorio da lui prestato sul fatto del debito giova al debitore; il creditore deferendolo ha acconsentito a riconoscere che non vi sarebbe effettivamente debito, se fosse prestato; la sua confessione è autentica a tal riguardo. In vece che nei casi in cui la sentenza sia profferita sopra un altro motivo, il creditore lungi da ciò non ha riconosciuto egli stesso di non esservi debito,

non avvi dunque che la cosa giudicata: ma la cosa giudicata fa legge soltanto tra coloro che furono parti nella causa o che vi furono rappresentati da quelli che avevano qualità a tal effetto; or ciò non può dirsi del fideiussore, giacchè esso non rappresenta il debitore quando non paga per lui.

Questa diversità tra la sentenza profferita sul giuramento prestato dal fideiussore, e la sentenza che gli ha dato congedo dalla dimanda per un'altra causa, è chiaramente stabilita dalle leggi 28, § 5, ff. *de jurejurando*, e 52, § 3, ff. *de fidejuss. et mandat.*

Colla prima di questa legge è prescritto che il giuramento prestato da uno de' debitori solidali (sul fatto del debito) libera i codebitori; e colla seconda, che la sentenza la quale dà congedo ad uno di coloro che avevano dato mandato a taluno di mutare del danaro ad un terzo (*mandatores pecunie credendae*), ed i quali a tal titolo erano garanti del pagamento, quasi come fideiussori o cauzionanti, non giova agli altri; attesochè, come lo dice Cuiacio su questa legge, le loro obbligazioni non dipendevano dalla convenzione di colui che ottene la sentenza, abbenchè sieno della medesima natura; e per conseguenza che ciocchè reputasi vero rispetto a quest'ultimo, non lo è necessariamente a loro riguardo; parimente che quando uno degli eredi del debitore sia assoluto dalla dimanda, il suo coerede non può trarre argomento dalla sentenza, sebbene la sua obbligazione sia della medesima na-

tura: tanto fu più sopra osservato. Or sarebbe stato al certo diversamente, se la sentenza si fosse profferita in conseguenza del giuramento prestato.

Per la medesima ragione, la sentenza pronunziata a favore di uno de' fideiussori, anche sopra una causa diversa da una eccezione meramente personale, e salvo il caso del giuramento decisorio, non gioverebbe agli altri; come *vice versa*, non potrebbe esser loro opposta, se mai fosse stata pronunziata contro di lui.

519. Circa ai debitori solidali, è d'uopo ancora distinguere:

Se uno di essi abbia ottenuto congedo dalla domanda prodotta contro di sè, sul motivo del giuramento da lui prestato sul fatto medesimo del debito, la sentenza può essere invocata dagli altri. Tal'è la disposizione dell'art. 1565 c. c. = 1319 II. cc. e della l. 28, § 3, ff. *de jurejurando*, innanzi citata. Debbl'essere lo stesso se la sentenza fosse stato profferita sul motivo del pagamento del debito, sia da questo debitore, sia da un condebitore, sia da un terzo; giacchè quando avvi pagamento, il debito è estinto (art. 1200 c. c. = 1153 II. cc.): tutti sono liberati; or la sentenza che dichiara di esser quello avvenuto, debbe avere il medesimo effetto che una quietanza o altro atto di pagamento prodotto da questo medesimo debitore. Finalmente dee- si opinare lo stesso se la sentenza sia stata profferita sul fondamento della compensazione effettuata tra lui ed il creditore, attesochè la compensazione

560 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
equivale al pagamento : è un pagamento effettuato dalla legge (1).

Ma se siasi profferita sul motivo di una eccezione personale al convenuto, come quella di minore età o quella risultante da una rimessione con riserva de' dritti del creditore contra i condebitori (2), o di un accordo, oppure per ragione del giuramento prestato sul solo fatto della solidalità, egli è chiaro che non può essere invocata dai condebitori ; i suoi effetti sono evidentemente tutti personali.

Avvi maggior dubbio quando sia stato essa profferita sul motivo di non esservi debito, o di essersi il debito prescritto, ovvero estinto per la perdita della cosa, avvenuta per caso fortuito ; giacchè in tutti questi casi la difesa o l'eccezione cade sul debito medesimo, *in rem*, e tutti i condebitori possono invocare le eccezioni di tal natura ; art. 1208 c. c. = 1161 ll. cc. Nulladimeno deesi dire che soltanto colui che ha ottenuto la sentenza fondata su questa causa, possa trarne vantaggio, salvo ai condebitori a farsene emettere altre simili a loro vantaggio per le medesime cause, se avvi luogo. Al certo, l'eccezione della cosa giudicata è reale, ma essa non è tale che riguardo soltanto alla parte che ha ottenuto la sentenza, ai suoi eredi ed alla persona la cui obbligazione dipendesse dalla sua, come è quella di un fideiussore ; ma non ha luogo

(1) V. tomo precedente, n.° 451.

(2) Nel qual caso il debito non si estingue che per la parte soltanto di questo debitore ; art. 1285 c. c. = 1239 ll. cc.

a vantaggio di colui che è estraneo alla sentenza, sebbene la sua obbligazione sia della medesima natura dell' obbligazione di colui che l' ha ottenuta. Tra i debitori solidali, come lo abbiamo detto trattando di queste specie di obbligazioni, non evvi che una sola obbligazione *quoad rem*, ma *quoad personas* ce ne ha tante quante sono le persone obbligate. E tal' è certamente la ragion per la quale Papiniano nella l. 52, § 5, ff. *de fidej. et mand.*, dice che i *mandatores pecuniæ credendæ* non sono liberati che col pagamento, e non col congodo dalla dimanda prodotta contra uno di essi (1): *Plures ejusdem pecuniæ credendæ mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur; sed omnes liberantur pecunia soluta*. Se dunque l' obbligazione di uno de' condebitori sia indipendente da quella dell' altro, la sentenza profferita a vantaggio di uno di essi non giova che a lui, salvo le eccezioni di cui abbiamo parlato, ma eccezioni motivate sopra circostanze particolari, o sulla natura medesima delle obbligazioni solidali.

520. Dacchè la sentenza profferita a vantaggio di

(1) Non era tuttavolta così rispetto ai *correi debendi*, nè rispetto ai *confidejussores*, e del debitore e del fideiussore: nel tempo di Papiniano, anche la semplice elezione che il creditore faceva di uno di essi, procedendo contro di lui, liberava gli altri, per effetto della novazione che risultava dalla contestazione della lite; e Cuiacio su questa l. 52, ff. *de fidejuss. et mandat.*, adduce la ragione di tale differenza, che importerebbe poco di qui riferire, e che fu altronde derogata da Giustiniano nella legge ultima del Codice, *de fidejuss. et mandat.*, come avemmo già occasione di farlo osservar nel tomo XI, n.º 215.

uno de'condebitori, sul giuramento da lui prestato pel fatto medesimo del debito, o che lo ha dichiarato pagato o prescritto, giova agli altri, non conviene conchiuderne in senso inverso, che quella profferita a vantaggio del creditore contra uno dei debitori il quale non aveva mandato da' suoi condebitori per difendere la causa, faccia legge per costoro: nel caso in cui venisse loro opposta, sarebbero ben fondati a produrvi opposizione di terzo, attesochè non furono rappresentati nel giudizio dal loro condebitore. I debitori solidali si danno tacitamente l'un l'altro mandato di pagare il debito, ma non di procedere per tutti (1). Uno de' condebitori altronde non può aver forse una eccezione personale da allegare, come la sua minore età, ec.? Inoltre ove mai è la pruova che sia solidalmente tenuto per questo debito? non avvi che una sentenza, alla quale è stato estraneo, e dire che questa sentenza sia obbligatoria anche per lui, è dire che sia solidalmente obbligato, ed è decidere ciò che forma quistione. Tostochè nelle obbligazioni solidali, e sotto il rapporto delle persone, vi sono tante obbligazioni quanti obbligati, è dunque chiaro il dire che ciocchè fu giudicato con uno di essi non si reputa giudicato con l'altro, poichè *mutatio personarum, cum quibus singulis nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.*

(1) Si cita tuttavolta una decisione contraria della Corte di Parigi del 20 marzo 1809, inserita nel *Giornale del Foro*, 1.º settembre 1809. Voet ed il presidente Fabbro sono del nostro parere.

Tuttavolta la prescrizione interrotta contro il debitore in causa, colla dimanda avanzata contro di lui, sarà puranche interrotta contra gli altri, in virtù dell' art. 1206 c. c. = 1159 ll. cc.

521. Circa ai creditori solidali, poichè il giuramento deferito da uno di essi al debitore, o la rimessione fattagli, non ha effetto che per la parte di questo creditore (art. 1365 e 1198 c. c. = 1319 e 1151 ll. cc.), debbesi sostenere, come lo abbiamo fatto nel tomo XI, n.º 179, che la sentenza profferita sopra l' una o l' altra di queste cause a vantaggio del debitore contra tal creditore non lo libera che per la costui parte. Ma quantunque fondata sopra un' altra causa, dovrebbe aver l' effetto di una rimessione rispetto a lui, in virtù dell' adagio *in judicio quoque contrahimus*: in conseguenza dee liberare il debitore per la parte di questo creditore nel debito. Circa alla parte degli altri, è *res inter alios judicata*; giacchè i creditori, attesa la natura del credito, non hanno qualità a stare in giudizio gli uni per gli altri, non avendola per rimettere il debito, nè per deferire il giuramento. Trattando di tale materia abbiamo spiegato quel che ciascun d' essi poteva fare e quel che non poteva efficacemente fare rispetto agli altri.

E *vice versa* la sentenza profferita sulla dimanda di uno d' essi non giova agli altri, tranne nondimeno che la dimanda ha interrotto la prescrizione a loro vantaggio, in conformità dell' art. 1199 c. c. = 1152 ll. cc.

522. Un debitore ha successivamente ipotecato un immobile a Primo, a Secondo ed a Terzo. Quest'ultimo ha impugnato la validità dell'ipoteca di Primo, o soltanto la priorità del grado a suo riguardo, ed ha ottenuto una sentenza che ha acquistato l'autorità della cosa giudicata. Puossi supporre puranche che avesse impugnato la validità dell'ipoteca di Secondo, o la sua priorità di grado; che avesse ugualmente ottenuto una sentenza, ma che essendosi da Secondo appellato, questa sentenza sia stata confermata, mentrechè Primo non appellò da quella che lo riguardava, oppure succumbè anche in appello. Il giureconsulto Paolo nella l. 16, ff. *qui potiores in pignore vel hypot. habeantur*, discute la quistione se Terzo possa pretendere avere la priorità d'ipoteca sopra Secondo, attesochè l'ha per effetto del giudicato sopra Primo, il quale l'ha anch'egli sopra Secondo, e con molta ragione risolve la quistione per la negativa. In conseguenza se in conformità della sentenza Terzo rivendicava l'oggetto della garanzia contra Primo, nulla impediva a Secondo di rivendicarlo contra di esso Terzo, e secondo la dottrina delle romane leggi, d'impedirne la vendita finchè non fosse pagato, o finchè non gli venisse offerto il valore del suo credito.

Vero è, ed è questa una obbiezione che si fa il giureconsulto, che se Terzo avesse pagato Primo, sarebbe stato in suo luogo e vece, ed allora Secondo non avrebbe potuto rivendicare contro di lui l'oggetto della garanzia; ma non lo ha pagato; sol-

tanto *superavit illum in judicio*. E poco importa puranche che si trova di avere la preferenza sopra di lui Primo, e che il medesimo l'avesse anch'egli sopra Secondo: l'adagio *si vinco vincentem te, a fortiori vincam te*, non è applicabile se non quando la causa che dà ad uno la preferenza sopra un altro sia la stessa che quella la quale la dà a costui sopra un terzo: allora il primo che vince contro il secondo, vince effettivamente contra il terzo; e tal'è il caso della priorità di data in fatto d'ipoteca. Ma nella specie ciocchè dà la preferenza a Terzo contra Primo è soltanto la sentenza, e ciocchè la dà a Secondo contro di lui Terzo è la data della sua ipoteca: or questa sentenza è riguardo a Secondo *res inter alios judicata, quæ aliis nec prodest, nec nocet*; e ciò appunto dice testualmente il giureconsulto.

Laonde nel caso in cui il prodotto dell'immobile non bastasse per pagare anche il secondo credito, ed in cui per conseguenza Secondo avesse interesse d'invocare la sentenza profferita contro Primo a vantaggio di Terzo, egli non lo potrà. Indarno direbbe che avendo la priorità contra Terzo, il quale si trova averla egli stesso contra Primo, deve averla puranche contra costui. Ciò vien parimenti risoluto da Paolo.

Nel nostro dritto, in cui ogni creditore ipotecario può in mancanza di pagamento procedere per la vendita de' beni ipotecati, l'interesse della quistione non si presenta assolutamente sotto il medesimo

aspetto che nel dritto romano; ma ha sempre molta importanza riguardo all'ordine che si dovrà seguire nella distribuzione del prezzo de' beni venduti, nel caso in cui questo prezzo non bastasse a pagare tutti i creditori ipotecarj; ciocchè è d'uopo generalmente supporre perchè possa elevarsi: imperocchè nel caso contrario i creditori non avranno interesse a contrastarsi la validità o la priorità della loro ipoteca. Ed ecco come in simil caso si dovrebbe procedere alla distribuzione di tal prezzo. Il primo creditore per data sarà puranche il primo collocato, ma il terzo che ha ottenuto contro di lui la sentenza di cui si tratta, prenderà il valore del suo credito, o sino alla debita concorrenza sulla somma di tale collocazione; verrà di poi il secondo, e finalmente il terzo, se non sia stato pagato per intero colla graduazione del primo, e se rimanga qualche fondo dopo le due prime graduazioni.

Per esempio, se sien dovuti 10,000 franchi a Primo, 15,000 fr. a Secondo, e 20,000 fr. a Terzo, e l'immobile abbia prodotto 40,000 franchi, Terzo prenderà i 10,000 che debbonsi accordare a Primo, Secondo riceverà i suoi 15,000 franchi, e Terzo 10,000 fr. sui rimanenti 15,000; in guisa che Primo perderà 5,000 fr. Egli non può dolersi che Secondo, il quale gli è posteriore in ordine d'ipoteca, sia pagato per intero mentre egli Primo non lo è; giacchè la perdita che soffre risulta dalla sentenza che ha ottenuto contro di esso Terzo, e Secondo rimane sempre nella medesima posizione;

egli nella specie sarebbe stato interamente pagato senza di questa sentenza, e lo è infatti.

Se si supponga di essere a lui Primo dovuti 20,000 franchi, ed a Terzo soltanto 10,000, ed a Secondo sempre 15,000 fr., Terzo prenderà i suoi 10,000 fr. sulla graduazione di Primo, Secondo di poi i suoi 15,000 fr., e Primo i rimanenti 5,000 fr., ed egli perderà del pari 5,000 fr.

E se l'immobile non abbia renduto che 20,000 fr. soltanto: nella primiera ipotesi Primo, creditore di 10,000 fr., sarà puranche collocato in primo luogo, ma Terzo creditore di 20,000 fr. glieli toglierà per effetto della sentenza; Secondo prenderà i 10,000 rimanenti, e perderà in tal modo 5,000 fr., Primo i 10,000 fr. che gli eran dovuti, e Terzo pure 10,000 fr. Nella seconda ipotesi Terzo prenderà i suoi 10,000 fr. sopra i 20,000 valore della graduazione di Primo, e Secondo non avrà cosa alcuna, poichè in fatti neppur avrebbe avuto cosa alcuna se non fosse intervenuta la sentenza; or tale sentenza non deve giovargli vie maggiormente che nuocerli. Dipendeva da lui il farne profferire una simile, se avea dritto di farlo, nel qual caso sarebbe stato collocato innanzi a Primo, e Terzo non avrebbe potuto prendere il valore del suo credito sulla graduazione che era accordata ad esso Primo.

523. Per effetto della medesima regola, se io produco domanda di rivendicazione contro Pietro e Paolo, i quali posseggono in comune un fondo che pretendo appartenermi; se ottengo sentenza, ma un

d' essi soltanto interpone appello, e la sentenza sia riformata in grado di appello, io sarei nel luogo dell' altro; giacchè l' appello non ha dovuto profittare che a colui che lo ha prodotto. In quanto all' altro, l' autorità della cosa giudicata ha tutta la sua forza a mio vantaggio.

524. La legge 30, ff. *de liberali causa*, suppone che due persone pretendendosi proprietarj ciascuna per metà di un individuo che esse consideravano come loro schiavo, abbian prodotto, ciascuna in particolare, dimanda per ricognizione del loro dritto, a fin di aver l' uomo in quistione come schiavo: quest' uomo fu dichiarato libero sulla dimanda di uno, ma schiavo dietro le procedure dell' altro. Giuliano riferisce che il sentimento di Sabino e di Cassio era di doversi l' individuo considerare come schiavo rispetto a colui che lo aveva fatto giudicar tale, ed era questo puranche il parere di Giuliano; ma nulladimeno, egli soggiunge, siccome sarebbe assurdo che quest' uomo fosse considerato quale schiavo soltanto in parte ed in parte libero, val meglio dire, *et favore libertatis*, che sia libero, col peso tuttavia per lui di pagare la metà di ciò che varrebbe se fosse schiavo, ed a giudizio de' periti. Si rinviene una simile risoluzione nella l. 29, *princip.* ff. *de except. rei judicatae*.

525. E nel caso in cui, sulla dimanda di un creditore di un defunto, l' idoneo a succedere di costui sia stato condannato come crede, tale sen-

tenza dee senza dubbio esser eseguita, se ha acquistato forza di cosa giudicata; ma non fa legge che per colui che l'ha ottenuto, e soltanto per riguardo alla cosa che formò l'oggetto della lite. Rispetto ad un altro oggetto o ad un altro creditore, non risolve assolutamente nulla circa alla qualità di erede. Gli altri creditori non potranno pretendere, invocando l'art. 800 c. c. = 77 *ll. cc.* e l'art. 174 c. pr. = 268 *ll. pr. civ.*, che colui il quale fu condannato sia erede; giacchè questi articoli trattano del creditore che ha ottenuto la sentenza; e rispetto a qualunque altro, l'art. 1351 c. c. = 1305 *ll. cc.* è la vera regola da seguirsi. Poco importa la pretesa indivisibilità delle qualità che risultassero da contrarie sentenze che fossero profferite. Appartiene agli altri creditori, se il possono, il farne profferire simili a loro favore, fondandosi, se il vogliano, sopra i medesimi fatti che servirono di base alla prima per giudicare che l'indoneo a succedere aveva formato atto di erede; ma salvo puranche ai giudici lo esaminare se questi fatti costituivano effettivamente l'assunzione di qualità di erede. Siccome è questo un punto da noi estesamente discusso nel titolo *delle Successioni*, tomo VII, n.º 25, ivi ci rimettiamo per evitare di ripetere i motivi di tale risoluzione.

526. E per la medesima ragione rinviemo al titolo *della Paternità e della filiazione* (tomo III, n.º 102), riguardo alle sentenze profferite sopra quistioni di stato. Ivi si vedrà l'esame di una decisio-

570 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
ne della Corte d'Angers degli 11 aprile 1821 (1),
colla quale un figlio, che precedentemente era sta-
to giudicato figlio illegittimo rispetto a'suoi parenti
paterni, fu nondimeno giudicato figlio legittimo ri-
spetto ai parenti di sua madre, senza che questa
contrarietà di sentenze potesse togliersi sia col mez-
zo del ricorso per ritratuazione, sia con quello di
cassazione; giacchè non erano state profferite tra le
medesime parti.

Ivi citiamo ancora (in nota) un arresto di cas-
sazione di una decisione della Corte di Poitiers ,
profferito uniformemente al rigore della massima che
le sentenze fanno legge soltanto tra coloro che furo-
no parti nella causa o loro rappresentanti, comunque
indivisibile si possa supporre la materia. Nella spe-
cie due sentenze condannano la Voyneau, durante
l'emigrazione di suo marito, a riconoscere un fi-
glio come nato dal suo matrimonio col sig. Voy-
neau, ed a somministrargli a tal titolo i necessarij
alimenti. Ritornato in Francia Voyneau nega di ri-
conoscere questo figlio; egli si oppone di terzo alle
sentenze, per essere a lui dannose, e per non es-
servi stato rappresentato. La Corte di Poitiers lo di-
chiara inammissibile, sul motivo dell'autorità del-
la cosa giudicata, attesa l'insolubilità della qualità
di figlio; ma la sua decisione fu cassata (2) come
violando la massima che la cosa giudicata fa auto-

(1) *Sirey*, 1822, 2, 177.

(2) Ai 6 gennaio 1809; *Sirey*, IX, 1, 49.

rità soltanto tra le parti nella causa, ed attesochè nella specie Voyncau non era stato rappresentato da sua moglie. In guisa che se sul rinvio che ebbe luogo ad un'altra Corte, Voyncau vinse la lite, come è da presumersi; si sarà veduto, al pari che nella precedente causa, un individuo essere figlio legittimo rispetto a sua madre ed ai costei parenti, e bastardo adulterino rispetto a colui che era il marito di sua madre all'epoca della sua nascita.

527. Giusta tali regole, se Paolo dopo la morte di Giovanni si presenti come suo figlio legittimo, e faccia giudicare il suo stato in contraddizione di Pietro, figlio di Giovanni, ed ottenga a tal titolo la metà della successione di quest'ultimo, ma che Carlo, altro figlio di Giovanni, il quale credevasi morto, mentre che era prigioniero di guerra, ricomparisca dopo che la sentenza ha acquistato l'autorità della cosa giudicata, e pretenda che Paolo sia estraneo alla famiglia, debbesi rivolgere in tal caso che questa sentenza come *res inter alios acta*, non può essere opposta a Carlo, o almeno che costui sia ammissibile a produrvi opposizione di terzo, anche senza essere tenuto a provare che sia stata proferta per collusione. Laonde l'art. 100 c. c. = 105 ll. cc. dice che le sentenze per rettificazione de' registri dello stato civile non potranno mai essere opposte alle parti interessate le quali non l'avessero dimandate, e che non fossero state citate.

Importa poco che la quistione da giudicarsi di poi in grado di opposizione di terzo sia la stessa,

e la contrarietà de' giudicati che potrà risulturne sopra un fatto che è nulladimeno indivisibile in se medesimo ; giacchè nella specie Pietro non rappresentava Carlo in questa sentenza, del pari che qualunque altro erede non rappresenta il suo coerede nelle cause ordinarie : il loro interesse era simile al certo , ma era principale per l' uno come per l' altro.

Diversamente sarebbe se Paolo avesse fatto giudicare il suo stato con Giovanni, suo padre: la sentenza pronunziata allora col solo contraddittore legittimo farebbe legge per tutta la famiglia, anche pei collaterali, e nella costoro successione, attesochè sarebbe dichiarativa del fatto, che Paolo è figlio di Giovanni ; e questo fatto sarebbe stato dichiarato con colui che aveva qualità per contraddirlo con tutte le conseguenze di dritto, poichè capo della famiglia, la rappresentava tutta intera (1).

Ma Pietro nel caso di cui si tratta non è che un membro di questa famiglia ; egli non rappresentava Carlo nella causa ; la sua cattiva difesa non dovea dunque nuocere a costui, il cui dritto era principale al pari del suo. In conseguenza se coll' opposizione di terzo , Carlo ottenga una sentenza contraria, che passi ugualmente in giudicato, per mancanza di appellazione o per conferma in grado di appello , egli dovrà avere la metà della successione di Giovanni.

(1) *V.* tomo III, n.º 517.

Ma da un altro lato, siccome la sentenza dee conservare i suoi effetti tra le parti (giacchè chi mai potrebbe dire, legalmente parlando, quale sia quello de' due giudicati che fu ben profferito?), e che per questa stessa ragione Paolo e Pietro si trovano avere dritti uguali, dovranno essi dividere l'altra metà della eredità per parti uguali.

In quanto al cognome, avvi maggior dubbio, attesa l'indivisibilità assoluta. Dovrebbe si risolvere, a creder nostro, a favore della legittimità, del pari che in Roma, in casi analoghi, risolveasi a favore della libertà, come più innanzi si è veduto.

528. Finalmente circa alle servitù il dritto romano risolvea che se uno de' comproprietarj di un fondo al quale era dovuto una servitù sul fondo vicino, avesse agito solo contro il proprietario di quest'ultimo fondo, perdendo la causa per sua colpa, la sentenza non doveva nuocere agli altri: *Si de commun. servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est æquum hoc cæteris damno esse*; l. 19, ff. *si servit. vidic.*: ciocchè si ridurrebbe a dire appresso noi, che possono produrvi opposizione di terzo. Così in fatti noi crediamo, e Bartolo interpreta in tal senso la legge. Ma essa soggiunge che se l'attore ha perduto la causa per collusione con l'altra parte, i comproprietarj han contro di lui l'azione *de dolo*: *Sed si per collusionem cessit litem adversario, cæteris dandam esse actionem de dolo Cassius scripsit*. Ciòè, come l'interpreta la

574 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

Glosa, che i comproprietarj faranno riparare il danno sofferto *ex capite doli*, allorchè avrà luogo la divisione del fondo, coll'azione *communi dividundo*. Tuttavolta siffatta distinzione non dovrebbe seguirsi appo noi, giacchè l'opposizione di terzo dei comproprietarj sarebbe viemaggiormente ammissibile se la sentenza fosse stata profferita per collusione.

Ma in senso inverso, siccome uno de' socj può migliorare la cosa comune; siccome si reputa eziandio aver mandato a tal effetto dai suoi cointeressati, dovrebbero sostenere che la sentenza ottenuta da uno de' comproprietarj del fondo, e col quale fosse riconosciuto che questo fondo ha un diritto di servitù sul fondo vicino, giova puranche ai comproprietarj. La stipulazione di una servitù fatta da uno dei proprietarj, sarebbe valida nel nostro dritto, come precedentemente il dicemmo (1), per applicazione dell'art. 1121 c. c. = 1075 ll. cc., citando in sostegno il parere di Voet: or la sentenza deve avere il medesimo effetto, perchè *in judicio quoque contrahimus*.

(1) Tomo V, n. 467 e 551.

§ III.

Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge, e che vengono rimesse alla prudenza del magistrato.

S O M M A R I O.

529. Testo dell' art. 135 c. c.

530. *Le ultime parole di questo articolo non vogliono dire che la prova testimoniale non sia ammissibile per provare la frode o il dolo.*

531. *In tutti i casi in cui sarà ammissibile la prova testimoniale, il giudice può determinarsi col soccorso delle presunzioni che la legge rimette alla sua dottrina.*

532. *La estimazione delle loro caratteristiche è nelle attribuzioni del giudice, la cui sentenza a tal riguardo non va soggetta alla censura della Corte di cassazione.*

533. *Esse debbono essere gravi, precise e concordanti.*

529. « Le presunzioni che non sono stabilite da
« una legge speciale, dice l'art. 1353 c. c. = 1307
« II. cc., sono rimesse alla dottrina ed alla pru-
« denza del magistrato, il quale non deve ammet-
« tere se non presunzioni gravi, precise e concor-
« danti, e solamente nei casi nei quali la legge
« ammette le prove testimoniali; purchè però l'at-
« to non sia impugnato per causa di frode o di dolo. »

530. Da queste ultime parole *purchè però l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo*, non conviene tuttavolta conchiudere che la prova testimoniale non sia ammissibile nei casi in cui l'at-

to sia impugnato per causa di frode o di dolo; sarebbe questo un errore da noi già confutato trattando del *dolo*, nel tomo X, n.º 196. Ivi facemmo vedere il vizio della compilazione dell'articolo, dimostrando colle più gravi autorità, che la pruova de' fatti di frode come de' fatti di violenza, può farsi con testimoni, anche senza principio di pruova per iscritto, così in linea civile che innanzi i tribunali correzionali. Certamente era ben inutile soggiungere queste parole; imperocchè siccome la pruova testimoniale è ammessa per provare il dolo o la frode, non avendo potuto la parte lesa procurarsene una pruova scritta, è chiaro che potendosi il giudice risolvere col soccorso di presunzioni gravi, precise e concordanti, nei casi in cui sono ammissibili le pruove testimoniali, doveva aver facoltà di farlo per la ragione stessa in quelli in cui l'atto fosse impugnato per causa di dolo o di frode: ciò era naturale.

551. Convien del resto osservare di non dire l'articolo che il magistrato potrà determinarsi col soccorso delle presunzioni gravi, precise e concordanti, nei casi in cui l'oggetto della contesa non eccederà 150 franchi, oltre la quale somma per regola non è ammessa la pruova testimoniale; la sua disposizione a tal riguardo è molto più generale: essa gli permette indistintamente di determinarsi col loro soccorso nei casi in cui la legge ammette le *pruove testimoniali*; or le ammette per eccezione in casi diversi da quelli in cui l'oggetto della contesa non ecceda 150 franchi, poichè le

ammette in tutti quelli in cui avvi un principio di pruova per iscritto, ed in tutti quelli ancora in cui non sia stato possibile alla parte di procurarsi una pruova letterale. Servendosi di queste espressioni in plurale, *pruove testimoniali*, l'articolo dimostra evidentemente che si vollero comprendere tutti i casi in cui la pruova testimoniale fosse ammissibile (1).

552. È d'uopo che le presunzioni sien gravi, precise e concordanti; ma l'estimazione delle loro caratteristiche è evidentemente nelle facoltà del giudice, il cui parere a tal riguardo potrebbe essere riformato in grado di appello come un *mal giudicato*, ma non andrebbe soggetto alla censura della Corte di cassazione; a differenza del caso in cui il giudice si fosse determinato col loro soccorso in specie nelle quali la legge non autorizzava l'ammissione della pruova testimoniale. In tai casi vi sarebbe violazione della legge, e la decisione dovrebbe essere riformata dalla Corte Suprema, se le venisse deferita, comunque gravi, precise e concordanti fossero altronde le presunzioni (2).

553. Per esser *grave* una presunzione dee poggiare sopra un fatto noto, da cui il magistrato abbia a desumere il fatto ignoto. Ma se il fatto sul quale vien essa fondata sia ancor esso incerto, la presunzione non è più grave.

(1) V. in tal senso l'arresto di rigetto del 18 maggio 1806; *Denvers*, tomo IV, pag. 588; e *Giornale del Foro*, tomo XV, pag. 157.

(2) V. l'arresto di cassazione del 1.º maggio 1815; *Sirey*, 15, 1, 277.

Una presunzione cesserebbe di essere *precisa* se fosse vaga e capace di applicarsi a molte circostanze, e di far nascere in tal modo congetture diverse.

Finalmente le presunzioni per essere *concordanti* (a), debbono tutte poggiare sopra fatti che hanno relazione tra loro, ed è necessario soprattutto che una non distrugga l'altra, contrabilanciandone la forza; giacchè allora neutralizzandosi reciprocamente, non rimarrebbe cosa alcuna per guidare il magistrato.

La legge *Procula*, 26, ff. *de probat. et præsumpt.*, che noi avemmo già occasione di citare (1), somministra un notevole esempio di presunzioni gravi, precise e concordanti.

SEZIONE IV.

Della confessione della parte.

SOMMARIO.

534. *La confessione opposta ad una parte è di due specie.*

534. La confessione è la dichiarazione colla quale una parte riconosce il dritto o l'eccezione dell'altra, o qualche fatto che vi si riferisce.

La confessione che si oppone contra una parte è di due specie:

La confessione stragiudiziale.

(a) Si osservi la nota al n.º 578 del decimo volume. *TRAD.*

(1) Tomo XII, n.º 370.

La confessione giudiziale; art. 1354 c.c. = 1308 ll.cc.

Noi tratteremo di ciascuna specie di confessione in particolare.

§ I.^o

Della confessione stragiudiziale.

S O M M A R I O.

535. *Quale sia la confessione stragiudiziale.*

536. *L'allegazione di una confessione puramente verbale non può esser provata con testimoni se non quando si trattasse di un caso in cui questa pruova sarebbe ammessa.*

537. *Come debbe ciò intendersi.*

538. *Distinzione di Molineo tra la confessione fatta alla parte innanzi a terze persone, e la dichiarazione fatta a terze persone fuori la presenza della parte.*

539. *Pothier faceva un'altra distinzione, e non adottava pienamente quella di Molineo.*

540. *Non sembra che il Codice abbia ammesso simili distinzioni.*

541. *Esame della opinione di Pothier, che va soggetta a dubbio in una delle sue parti.*

542. *Affinchè la confessione formi pruova, è d'uopo che colui che la fa fosse capace di farla.*

543. *La confessione fatta a vantaggio di colui al quale la persona che l'ha fatto non poteva donare, difficilmente forma pruova rispetto agli eredi di tal persona.*

544. *La confessione tacita ha lo stesso effetto della confessione espressa: quindi il pagamento è una tacita confessione del debito.*

535. La confessione stragiudiziale è quella che non si fa in giudizio, ma o in una conversazione, o con lettera missiva, o in qualche atto che non aveva per oggetto di servire di pruova del fatto ora in contesa; giacchè per le dichiarazioni fatte in

atti autentici o privati, o anche nelle carte domestiche delle parti, e che hanno per oggetto di provare obbligazioni o pagamenti, se n'è parlato precedentemente; ed il legislatore non si occupa di tai casi in questa sezione del Codice, sebbene del resto si possa dire ugualmente, in un senso più esteso, più generale, che queste dichiarazioni sono puranche confessioni.

536. È inutile l' allegare una confessione stragiudiziale semplicemente verbale, ogni qual volta si tratti di una dimanda di cui la pruova testimoniale non sarebbe ammessa; art. 1555 c. c. = 1309 ll. cc.

Senza di ciò sarebbe facilissimo lo eludere le regole sulle pruove testimoniali: in vece di domandare di provare con testimoni che vi ho prestato 300 fr., per esempio, nella tale circostanza, domanderci di provare in questo modo che si è da voi dichiarato di aver ricevuto da me questa somma a titolo di mutuo, e che per tal riguardo siete ancora mio debitore. Del resto non è perfettamente esatto il dire che in tal caso la confessione è *inutile*; giacchè potrebbe deferirsi il giuramento su questa medesima confessione: è inutile soltanto nel senso che la pruova testimoniale non può essere ammessa.

537. Ma quando anche la somma eccedesse 150 franchi, se la pruova testimoniale fosse ammissibile, perchè si trattasse di un caso di eccezione alla regola generale, la confessione del debito, quantunque meramente verbale, potrebbe provarsi con testimoni, col peso di provare in prima il caso di

eccezione: è questa una conseguenza neccessaria dell'art. 1555 c. c. = 1309 ll. cc. e delle regole sulla pruova testimoniale. Quindi se vi fosse principio di pruova scritturale di un debito di 500 fr., per esempio, e confessione stragiudiziale meramente verbale innanzi testimoni, la pruova di tale confessione per mezzo de' testimoni sarebbe indubitatamente ammissibile. Avverrebbe lo stesso della confessione verbale di un deposito neccessario, o di un debito per delitto o quasi delitto, o gestione di negozio, ovvero di un debito contratto in caso di accidente impreveduto, in cui non potè stendersi un atto; ma sempre col peso di provare in prima il fatto che dà luogo all'eccezione.

538. Molinco (1) distingueva la dichiarazione o confessione fatta alla parte o a colui che la rappresenta, come suo tutore, suo procuratore, in presenza di testimoni, dalla confessione fatta a terze persone non presente la parte. A creder suo, la confessione nel primo caso fa pruova completa, se sia provata; ma non può esserlo con testimoni, se sia meramente verbale, che quando la pruova testimoniale fosse ammissibile. Nel secondo caso la confessione non forma che una pruova imperfetta, la quale ha bisogno di essere completata col giuramento suppletorio.

539. Pothier faceva un'altra distinzione. Se il mio debitore, egli dice, abbia stragiudizialmente conve-

(1) *Ad legem 3, ff. de rebus creditis.*

nuto di dovermi una determinata somma, e citato per pagarmela, nega di dovermela, la confessione da lui fatta innanzi a testimoni stabilisce il debito, senza che possa essere di poi ammesso ad allegare senza pruova di averla pagata. La sua menzogna non permette di prestar fede a quanto attualmente asserisce. Ma se egli convenga di essermi stato effettivamente debitore di tale somma, ed assicura avermela pagata dopo la confessione da lui fatta innanzi a testimoni, egli dev'essere liberato dalla dimanda, sia che la confessione fosse stata fatta a terze persone, sia che fosse stata fatta a me, in una conversazione innanzi a testimoni, ed anche in una lettera, o qualunque altro atto che non era destinato a servirmi di titolo o di pruova.

E circa a quanto Molineo dice, che la confessione fatta a terze persone non forma piena pruova anche nei casi in cui la pruova testimoniale sarebbe ammessa, Pothier, secondo Guthièrez, opina che debbe essere diversamente in taluni casi: « Per esempio, « egli dice, se un ammalato fa venire due persone, « alle quali nel timore in cui è d'esser sorpreso dalla « morte dichiara che mi deve una somma di 100 « lire da me prestategli senza obbliganza, una tale « confessione, quantunque fatta a terze persone, « mi sembra dover fare una pruova completa del « debito.

« Avvien lo stesso allorchè il debitore, in un « inventario per iscioglimento di società, compren- « da nel passivo il debito cui è tenuto verso di

« me, sebbene la confessione non sia stata fatta
« in mia presenza.

Vic maggiormente, egli soggiunge, se un creditore ha confessato a terze persone, a richiesta del debitore o di altro avente da lui. incarico a tal effetto, di aver ricevuto un pagamento, tale confessione fa piena fede contro di lui.

Molti dottori credono ancora che la confessione del pagamento fatta dal creditore a terze persone, fuori la presenza del debitore, faccia pruova completa: Guthièrez opina che non formi se non una pruova incompleta, che avrebbe bisogno di esser confermata almeno col giuramento suppletorio; e Pothier dice che ciò dipende molto dalle circostanze.

Finalmente Perezio, *ad Codicem, tit. de confessis*, n.º 17, dice che, secondo la comune opinione, generalmente la confessione fatta a terze persone non presente la parte, formi una semipruova, ma che è d'uopo ancora che il debito o il pagamento sieno stati circostanziati, che ne sia stata innanzi ad esse spiegata la causa.

540. Siffatte distinzioni tra la confessione fatta alla parte in presenza di testimoni, e quella che fu fatta a terze persone fuori la sua presenza, non ci sembrano ammissibili nell'attuale dritto: l'art. 1355 c. c. = 1309 ll. cc. non le presenta; soltanto non ammette la pruova testimoniale per una confessione meramente verbale, ogniqualvolta la pruova testimoniale stessa non sarebbe ammessa, cioè che è perfettamente ragionevole; ma ecco tutto.

Convieni infatti evitare di confondere la confessione di un debito fatta innanzi a terze persone, in presenza o fuori la presenza del creditore, con una stipulazione a vantaggio di un terzo: la confessione per sè stessa non produce alcun nuovo dritto, non essendo che la dichiarazione di quello già esistente; la stipulazione al contrario ha per oggetto di far nascere un dritto: ora regolarmente una stipulazione non giova ai terzi: in generale niuno può stipulare che per sè e suoi eredi (art. 1119, 1122 e 1165 c. c. = 1073, 1076 e 1118 ll. cc. insieme combinati); salve le eccezioni stabilite dall' art. 1121 c. c. = 1075 ll. cc., ed in taluni altri casi ancora, da noi spiegati esaminando questo articolo nel tomo X.

Concludiamo dunque che la distinzione di Molineo, ammessa puranche da molti dottori, oggidì non è fondata, e che quindi la confessione quantunque non fatta in presenza della parte, forma pruova completa, o che si tratti dell' obbligazione, la cui causa puranche fosse stata dichiarata, o che si tratti di pagamento; ma tuttavolta che non potrà provarsi con testimoni, qualora sia meramente verbale, se non nei casi soltanto in cui sarebbe ammessa la pruova testimoniale.

541. Ed in quanto alla distinzione di Pothier, siamo con lui di accordo che se un debitore, dopo aver confessato il suo debito innanzi a testimoni, presente oppur no il creditore, neghi di poi in giudizio di aver contratto questo medesimo debito, e sia esso provato colla dichiarazione de' testimoni,

siamo di accordo, diciamo, che non debb'essere ammesso ad allegare senza pruova che l'abbia pagato, giacchè è provato colla deposizione de' testimoni, e la sua menzogniera negativa non permette di prestar fede alla sua attuale assertiva rispetto al preteso pagamento del debito. Qui non puossi dire che la confessione non debbe scindersi: al contrario è il caso della regola che colui il quale si pretende liberato dee giustificare il fatto che ha prodotto la sua liberazione; art. 1515 c. c. = 1269 ll. cc.

Ma la seconda parte dell'opinione di Pothier presenta qualche dubbio, quando dice che se, dopo la confessione del debito fatta innanzi a testimoni, il debitore citato per pagare convenga di essere stato debitore della somma, ma assieuri di averla pagata dopo la confessione da lui fatta di questo debito, debb'essere assoluto dalla dimanda, tanto che la confessione sia stata fatta a terze persone, quanto che l'abbia fatto al creditore in un colloquio innanzi a testimoni, o in una lettera, o in qualunque altro atto che non era destinato a servire di titolo e di pruova al creditore. Non ve ne sarebbe sicuramente se la dichiarazione del debitore innanzi a terze persone si riferisse in uno ed al pagamento ed al prestito, per esempio, come quando taluno confessi in giudizio di aver effettivamente ricevuto dall'attore un prestito o un deposito, ma dichiararsi al tempo stesso di averlo restituito. In tal caso non cade dubbio in fatti che converrebbe prendere per intero la confessione. Ma nella specie pre-

sentata da Pothier , le cose non sono andate così : la confessione fatta innanzi ai testimoni riguarda soltanto il debito, il quale si trova in tal modo provato colla deposizione de' testimoni : or il pagamento di un debito giustificato debb' esserlo ugualmente, poichè chi si pretende liberato dee giustificare il fatto che ha prodotto la sua liberazione ; e qui non evvi che la sua negativa. Vero è che il creditore non ha acquistato la pruova della sua domanda se non con la sua confessione innanzi ai testimoni, ma questo fatto è intero, indipendente da ciò che ha potuto aver luogo di poi ; ed altronde potè esso avvenire in circostanze in cui il debitore non poteva forse far diversamente che di dichiarare il debito ; ciò che risponde all' obbiezione desunta dal che se egli fu tanto di buona fede da confessarlo , debbe essere puranche creduto ugualmente allorchè dice di averlo pagato.

Da un altro canto puossi dire che nella maggior parte de' casi la confessione del debitore sarà spontanea , e che provando perciò la sua buona fede , non convien presumere che questo medesimo debitore abbia cangiato di poi condotta , e che voglia presentemente , allegando un pagamento da lui non fatto , dispensarsi di pagare un debito legittimo da lui precedentemente dichiarato senza che nulla ve l' obbligasse. Puossi soggiungere che non ostante la sua confessione , non dovè naturalmente domandare una ricevuta del pagamento di un debito pel quale il creditore crasi riunito alla sua buona fede.

Diversamente al certo sarebbe se il debito fosse stato da principio contratto innanzi a testimoni, perchè allora il creditore si trovava di possedere una pruova, e nulla avrebbe ragionevolmente impedito al debitore o di chiedere un ricevo, o di pagare ancora innanzi a testimoni. Ma il caso di cui si tratta è differente; per cui, tutto ponderato, crediamo che lo scioglimento della quistione dipenderebbe molto dalle circostanze della causa. Ma per regola generale, noi volentieri ci uniformiamo al parere di Pothier.

542. Perchè la confessione formi pruova, è necessario che colui che l'ha fatto fosse allora capace di obbligarsi per l'oggetto cui si riferisce la confessione. Quindi la confessione di un minore o di una donna maritata non autorizzata da suo marito, non farebbe fede se non colle distinzioni da noi stabilite trattando della capacità di tali persone.

543. La confessione fatta da taluno costituisce una pruova contra i suoi eredi; ma, dice Pothier, se qualcuno avesse confessato di dovere ad una persona alla quale le leggi vietavano di donare, tale confessione non farebbe pruova contra i suoi eredi, ammenchè la causa del debito non fosse ben circostanziata; giacchè *qui non potest donare, non potest confiteri*. Nulladimeno siccome la somma, perchè la confessione possa provarsi con testimoni, generalmente dev'esser poco importante, i tribunali dovrebbero esaminare le circostanze della causa.

544. La confessione tacita ha lo stesso effetto che la confessione espressa: per cui il pagamento che

588 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

fa una persona è una confessione del debito. E se dopo di ciò pretenda di avere malamente pagato, deve giustificare che l'abbia fatto per errore, cioè provare che non esisteva debito; art. 1255 c. c. = 1188 II. cc., e l. 25, princip. ff. *de probationibus et præsumpt.*

V., circa alle due limitazioni che il giureconsulto apporta al suo parere, quanto fu detto nel tomo precedente, n.º 11 e seguenti.

§ II.º

Della confessione giudiziale.

S O M M A R I O.

545. *La confessione giudiziale è la dichiarazione che fa in giudizio la parte o il suo procuratore speciale.*

546. *Ravvicinamento dell'art. 352 c. pr. coll'art. 1356 c. c.*

547. *Generalmente non puossi far interrogare sopra i fatti della causa se non colui che può disporre della cosa su cui cadesse la confessione.*

548. *Casa in cui vogliasi far interrogare un amministratore di stabilimento pubblico, un tutore o un marito.*

549. *Il dritto di far interrogare appartiene a ciascuna delle parti.*

550. *Il Codice di procedura non ha conservato la disposizione dell'ordinanza del 1667, la quale obbligava la parte interrogata a prestar prima il giuramento di dire la verità.*

551. *La confessione fatta da colui che aveva capacità a tal effetto, fa completa pruova contro di lui.*

552. *A suo riguardo la confessione è assimilata all'autorità della cosa giudicata.*

553. *La confessione dee prendersi nel suo intero: non può essa scindersi.*

554. *Nelle materie criminali non seguesi questa regola.*

Tit. III. De' contratti o delle obblig. conv. 589

555. *E come debba intendersi nelle materie civili e commerciali.*

556. *La confessione non può essere revocata per errore di dritto; ma può esserlo per errore di fatto.*

557. *Applicazione della regola che la confessione non può essere revocata per errore di dritto.*

558. *Altro esempio.*

559. *Dacchè un minore divenuto maggiore ha confessato di aver ricevuto una somma a titolo di mutuo, non deesene conchiudere che ha confessato con ciò di aver fatto un buon impiego del danaro.*

560. *La confessione di un debito di giuoco vietato non produce alcun effetto.*

561. *La confessione fatta nell'ufficio di conciliazione è una confessione fatta in giudizio.*

562. *Quella fatta innanzi ad un tribunale di commercio incompetente per ragion di materia, è una confessione stragiudiziale.*

563. *Secus se questo tribunale non era incompetente che per ragion di persona.*

564. *Se vi bisogna la presenza dell'altra parte, perchè sia obbligatoria la confessione fatta in giudizio.*

545. *La confessione giudiziale è la dichiarazione che fa in giudizio la parte o il suo special procuratore; art. 1356 c. c. = 1310 ll. cc.*

Essa può farsi o con atti di procedura, intimati nel corso del giudizio o all'udienza dalla parte medesima o dal suo speciale procuratore, o finalmente in un interrogatorio sopra fatti e loro circostanze; giacchè in tutte le materie (1) ed in qualunque stato della causa, le parti possono senza ritardare il corso del giudizio e della sentenza, chiedere di farsi interrogare vicendevolmente sopra i fatti e le circostanze relative soltanto alla materia sulla quale cade controversia; art. 524 c. pr. = 418 ll. pr. civ.

(1) *P.* nondimeno quanto fu detto in occasione delle dimande di separazione personale, nel tomo II, n.º 602.

546. Giusta l'art. 352 del medesimo Codice = 444 *ibid.*, non è permesso di fare o accettare alcuna offerta, *confessione* o consenso senza mandato di procura speciale, sotto pena della disapprovazione dell'uffiziale ministeriale che gli avesse fatti, dati o accettati.

Se dunque la confessione fatta dal patrocinator non abbia avuto luogo in virtù di una procura speciale della parte, non obbliga questa parte, nel senso che essa può distruggerla colla disapprovazione; ma poichè la legge indica delle formalità a tal uopo, queste formalità debbono osservarsi, altrimenti la confessione obbliga irrevocabilmente la parte.

La ragione di differenza circa a tal punto tra la confessione fatta da un mandatario ordinario ed il patrocinator, senza mandato speciale nell'uno nè nell'altro caso, si desume dalla natura medesima de' mandati. Nel mandato ordinario, tuttociò che fu fatto dal mandatario oltre i limiti del mandato, non è obbligatorio pel mandante, ammenchè costui non l'abbia ratificato (art. 1998 c. c. = 1870 *Il. cc.*); in guisa che una semplice disapprovazione basta per escluderla; e non evvi presunzione che le facoltà si estendano oltre ciò che è contenuto nel mandato. Ma nella procura data al patrocinator, si presume che il medesimo abbia facoltà di fare tuttociò che riguarda la lite; per cui è considerato *tanquam dominus litis*. Tuttavolta rispetto alle offerte, alle confessioni ed ai consensi, ciò non forma che una semplice presunzione, di cui la parte può

distruggere l'effetto; vi bisogna a tal uopo una disapprovazione formale, cioè una dimanda di disapprovazione seguita da una sentenza che la dichiari valida.

547. Circa alle persone che si voglion far interrogare sopra fatti e loro circostanze, si debbono seguire due regole.

La prima è che la persona che si vuol far interrogare dee in generale aver dritto di disporre della cosa su cui è per cadere l'interrogatorio. Lo scopo che ci proponiamo adottando tal via, è di ottenere una sentenza contra colui che viene interrogato sopra i fatti della causa, in guisa che la confessione può produrre alienazione effettiva della cosa che forma l'oggetto della lite: donde segue che non può esser provocata se non da una persona la quale può disporre di questa cosa; e su ciò cade a proposito quanto fu da noi detto sulla capacità delle persone.

548. Le amministrazioni de' pubblici stabilimenti son tenute a nominare un amministratore o agente per rispondere ai fatti ed articoli loro comunicati: danno esse a tal effetto una procura speciale in cui sono spiegate ed affermate con giuramento per vere le risposte; diversamente i fatti possono aversi per verificati, senza pregiudizio della facoltà di far sottoporre all'interrogatorio gli amministratori e gli agenti sopra i fatti che li riguardano personalmente, per farne poi quel conto che il tribunale crederà di ragione; art. 536 c. pr. = 430 *ll. pr. civ.*

E poichè, ai termini dell'art. 2275 c. c. = 2181

ll. cc. , può deferirsi il giuramento ad un tutore , nei casi preveduti in questo articolo, puossi per la medesima ragione farlo interrogare sopra i fatti della causa nei medesimi casi. Si potrebbe ciò fare anche in altri, allorchè si trattasse di crediti sopra mobili ovvero oggetti mobiliari; e può essere interrogato in tutti i casi in cui si trattasse di fatti che personalmente lo riguardassero.

Un marito può sempre essere interrogato sopra fatti relativi all'amministrazione de' beni di sua moglie, che le appartenessero mercè la regola sotto la quale fosse maritato , ed in tutti i casi puranche in cui i fatti gli fossero personali.

Ma non puossi generalmente far interrogare una parte sopra fatti che non le fossero personali, dappoichè può ignorarli. Nondimeno è permesso di farla interrogare sopra il punto se ne abbia conoscenza per averlo udito da altri, o per le carte che ha in mano.

549. La seconda regola di cui abbiám parlato, è che se l'attore può far interrogare il reo convenuto per acquistare la pruova della legittimità della sua dimanda, il reo convenuto può usare dello stesso mezzo per acquistare la pruova della sua liberazione: questo dritto è reciproco.

550. Vigente l'ordinanza del 1667, tit. X., art. 7, gl'interrogatorj sopra fatti e loro circostanze erano preceduti dalla prestazione del giuramento, da parte dell'interrogato, di dichiarare la verità. « Il giudice, diceva questo articolo, *dopo aver fatto prestare il giuramento*, riceverà le risposte sopra

« ciascun fatto e sua circostanza. » E Jousse nel « suo Comento sull'ordinanza , dice che il giuramento era richiesto sotto pena di nullità dell'interrogatorio.

Ma il Codice di procedura non lo prescrive, ed il giudice commissario non potrebbe ordinare alla parte di prestarlo , senza eccedere i suoi poteri ; in modo che se non volesse procedere all'interrogatorio prima della prestazione del giuramento , i fatti non potrebbero per ciò esser tenuti come confessati pel rifiuto della parte di prestarlo.

551. La confessione fatta da chi aveva capacità a tal effetto , fa piena fede contra di colui o contra la persona che ci rappresenta ; in modo che se taluno citato abbia confessato di dovere la somma o la cosa a lui dimandata , o se l'attore confessi di aver fatto una rimessione o di aver ricevuto un pagamento , la dimanda o l'eccezione si trova completamente giustificata.

Ma essa non forma , al pari del giuramento decisivo , una pruova a favore di colui che l'ha fatta. Non vien dimandata per farne dipendere la decisione della causa , ma affinchè possasi avere dalle risposte la pruova che manca : *ut confitendo vel mentiendo sese oneret* ; l. 4, ff. *de interrog. in jure facta* : in vece che il giuramento è una specie di transazione.

552. Ma la confessione contra colui che l'ha fatto vien assimilata all'autorità della cosa giudicata ; l. unica, Cod. *de confessis*. La ragione addottane dal

594 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
giureconsulto Paolo nella l. 1.^a ff. nel medesimo titolo; è che, *is qui confessus quoddammodo sua sententia damnatur*. Laonde Ulpiano nella l. 25, ff. *ad legem Aquilianam*, dice che le funzioni del giudice cessano colla confessione della parte che l'ha fatta: *nullas esse partes judicantis in confitentem*. In fatti la parte si è giudicata da sè medesima.

553. Del resto è assioma in materia civile e commerciale che la confessione non può scindersi: essa deve prendersi o rigettarsi per intero; art. 1356 c. c. = 1310 ll. cc. (a).

554. Diciamo *in materia civile e commerciale*, perchè in materia criminale seguesi una regola diversa: i giurati nelle Corti di assise, ed i giudici nei tribunali correzionali, debbono ritenere nelle risposte dell'accusato o dell'imputato ciocchè loro sembri uniforme alla verità, e rigettare le allegazioni che credessero menzognere.

555. Nelle stesse materie civili e commerciali, la regola che la confessione non può scindersi contra colui che l'ha fatta, deve anche intendersi di una confessione fatta in una sola volta, con un medesimo atto; giacchè siccome la confessione non può ritrattarsi, eccetto per errore di fatto, secondo lo spiegheremo, è chiaro che non sarebbe di alcuna considerazione quella fatta posteriormente, e che avesse

(a) Questa disposizione è applicabile al giuramento in materia civile e commerciale, e non alle confessioni stragiudiziali, dove l'applicazione del principio dell'indivisibilità è lasciato alla prudenza dei giudici: *Toullier*, tom. 10 n.º 340, 341 e 396. *TRAD.*

per oggetto di modificare più o meno la prima nei suoi effetti, in danno dell' altra parte. Così sarebbe il caso in cui dopo aver intimato un atto contenente la tale confessione, o dopo aver fatto all' udienza la tale dichiarazione, una parte facesse di poi, e fuori il caso di errore di fatto, intimare un altro atto, o facesse un' altra dichiarazione, la quale avesse per oggetto di distruggere o modificare la confessione fatta da principio. In questo caso vi sarebbero due confessioni, e l' art. 1356 c. c. = 1310 ll. cc. non dice, non potranno scindersi *le confessioni*, ma non potrà scindersi *la confessione*.

In generale però tutte le dichiarazioni fatte in un medesimo interrogatorio, o in un medesimo atto, ovvero in una stessa dichiarazione all' udienza, non debbono scindersi: esse sono la condizione le une delle altre; almeno è questa la massima; e se va soggetta ad eccezione, è ben di rado.

Henrys, nella sua sesta *Quistione postuma*, ne riferisce due: 1.º allorchè vi sia una grave presunzione contraria alla condizione che modifica la confessione; 2.º allorchè si ha, oltre la confessione modificata da una condizione, una pruova del fatto confessato. Egli fonda la sua opinione sulla l. 26, ff. *depositi vel contra*. Ma, dice Merlin (1), il parere di questo giureconsulto non è adottato se non in circostanze in cui il giudice è convinto della falsità di una parte della confessione; allora il giudi-

(1) Repertorio, v. *Confessione*.

ce dee determinarsi secondo le pruove, e non ammettere ciocchè crede falso in una dichiarazione a lui giustamente sospetta. Ed in sostegno della sua opinione per massima, che la confessione non deve scindersi, Merlin cita taluni arresti in cui effettivamente non lo fu.

Primieramente ciò non iscioglie il dubbio; giacchè la quistione non è se per massima la confessione possa scindersi: ognuno è di accordo che in generale non possa esserlo dicendolo la legge medesima: ma è di sapere se possa esserlo in taluni casi; ciocchè si riduce a dimandare col fatto se il giudice abbia un potere discrezionale a tal riguardo, in modo che la sua sentenza possa essere riformata in grado di appello, come un *mal giudicato*, ma non in cassazione: e sembrerebbe, secondo la modificazione apportata da Merlin, che debb' essere così.

In secondo luogo la seconda eccezione apportata da Henrys alla regola, toglie alla quistione quasi tutto il suo interesse; giacchè se il debito sia provato in modo diverso che colla confessione, che importa la confessione stessa?

Quando la parte che ha fatto la confessione non era in alcun modo obbligata da qualche circostanza particolare a farla, perchè non esisteva contro di essa alcun atto, alcuna lettera, alcuna pruova testimoniale ammissibile, debbesi credere che, potendo negare assolutamente il fatto, se lo abbia confessato con qualche circostanza che ne distrugge l'effetto, o che lo modifica, abbia detto la cosa così com'era.

In tal caso non è dubbioso che la confessione debba generalmente ammettersi o rigettarsi nel suo intero. Per esempio, voi mi domandate la restituzione di un deposito che sostenete di essermi stato fatto dal vostro autore, e di cui non avete alcuna pruova nè alcun principio di pruova: io confesso di avere ricevuto il deposito, ma dichiaro di averlo restituito alla persona da cui mi si era affidato: la mia confessione dev' essere ammessa nel suo intero; salvo a voi di deferirmi il giuramento, se credete che sarei vincolato maggiormente che colla confessione.

Ma quando colui che fa interrogare abbia qualche pruova atta a dimostrare che la confessione è falsa in talune sue parti, alcuni, tra' quali Henrys, credono che possa scindersi, secondo le circostanze della causa, e talune decisioni del parlamento, riferite nel Repertorio di Merlin, v. *Confessione*, nel luogo precedentemente citato, così lo giudicarono. Per esempio, io domando a Paolo il pagamento di una somma di trecento franchi che gli ho mutuati senza obbliganza: egli confessa il mutuo, ma sostiene di avermelo pagato da più di tre mesi: tuttavia produco una lettera di data assai posteriore, colla quale egli mi dimandava di accordargli qualche dilazione. Se questa lettera esprimesse la somma dovuta e la causa del debito, per regola generale essa somministrerebbe una pruova completa, e la quistione non più sarebbe di alcun interesse. Ma essa non esprime nè la somma, nè la causa del debito: chi l' ha scritta si limitava a di-

mandarmi una dilazione per ciocchè mi doveva; in modo che non prova completamente il debito, e non è che un principio di pruova: nulladimeno dimostra colla sua data la menzogna del reo convenuto, quando ha detto di avermi pagato il mutuo da più di tre mesi. Sembrerebbe dunque in simil caso, che dovrebbe scindersi la confessione, come lo avrebbe risoluto Henrys, e come lo risolvea Pigeau (1). Infatti allorchè la legge romana dice che l'interrogatorio ha per iscopo di far che la parte interrogata si gravi, o confessando il debito, o MENTENDO: *Ut vel confitendo, vel MENTIENDO, sese oneret*, suppone evidentemente che la confessione possa scindersi, giacchè senza di ciò che mai farebbe la sua menzogna? come potrebbe mai gravarla, anche quando cadesse su tutte le parti della confessione? ciò sarebbe impossibile. Nella specie tutto induce a credere che essa non confessò il mutuo se non a causa della lettera, e se dichiarò di averlo pagato da più di tre mesi, è per una di quelle sviste, o di quelle trascuraggini che sfuggono talune volte anche alla frode più astuta ed accorta.

Nulladimeno la quistione è infinitamente dubbiosa; giacchè l'art. 1356 c. c. = 1310 II. cc. non fa alcuna eccezione; non lascia in verun caso al giudice la facoltà di scindere la confessione, è quindi presenta un dilemma: o chi fa interrogare ha pruove bastanti, o non ne ha. Nel primo caso, che si

(1) Trattato di Procedura civile, capitolo delle pruove, nella confessione.

contenti; nel secondo, che prenda la confessione tal qual'è, e l'aggiunga così alle pruove che può avere. Laonde incliniamo per quest'ultimo parere, non ostante le ragioni di dubitare di sopra esposte. Talune decisioni riferite da Merlin, posteriori a quelle innanzi citate, non ammisero di scindersi la confessione in casi nondimeno in cui tutto indicava abbastanza ch'era menzognera in talune sue parti.

556. La confessione, abbiamo detto, non può revocarsi, quando non si provi che fu la conseguenza di un errore di fatto; non può esserlo sotto pretesto di un errore di diritto; art. 1556 c. c. = 1310 ll. cc. (1).

Così, voi mi citate per lo pagamento di una somma che dite di aver mutuato ad un mio parente di cui son divenuto erede: questo parente mi avea dato conoscenza di tal mutuo subitochè fu fatto, e non avendo avuto occasione di parlarvi del pagamento da lui poscia eseguito, io lo ignorava totalmente; per cui ho confessato il debito. Ma in seguito io ho trovato una vostra quietanza nelle carte ereditarie, la quale si riferisce perfettamente al detto mutuo: posso dunque ritrattare la mia confessione, e con ciò prevenire la condanna. Se siasi essa pronunziata, posso appellare dalla sentenza, nel caso in cui non fosse ancora passata in cosa giudicata. Se lo sia, vedi quanto più innanzi fu detto sull'autorità della cosa giudicata, n.º 474.

(1) L. 2, ff. de confessis.

557. Ma se il convenuto, citato per uno di quei debiti che sono soggetti alle prescrizioni di sei mesi, di uno o di due anni, o a ragione di una lettera di cambio o di un biglietto ad ordine, confessi il debito, invece di opporre la prescrizione, non potrà ritrattare la propria confessione, sotto pretesto d'ignorare che la legge gli accordava il mezzo della prescrizione; tanto peggio per lui se lo abbia in fatti ignorato: si reputava che conoscesse la legge. Altronde avvi ancora un'altra ragione, cioè che la prescrizione in tai casi non è fondata che sopra la presunzione di pagamento, per cui può deferirsi il giuramento (art. 2275 c. c. = 2181 ll. cc. e 189 c. com. = 195 ll. eco. com.): or egli stesso colla propria confessione ha distrutto siffatta presunzione.

Con ciò tuttavia non intendiamo dire che un' obbligazione la quale non ha altra causa se non un errore di dritto, sia valida, nè che un pagamento fatto per effetto di un errore di questa natura non possa ripetersi: dimostrammo il contrario nel tomo X, n.º 127 e seguenti, dove citiamo in tal senso, anche per quel che riguarda il pagamento, un arresto di cassazione del 24 gennaio 1827.

558. Così ancora, se Paolo producesse contro Filippo dimanda pel pagamento di un biglietto che non fosse scritto per intero di mano di costui, e che neanche contenesse, oltre la sua sottoscrizione, il *buono* o l'*approvato* richiesto dall' art. 1326 c. c. = 1280 ll. cc., e Filippo dichiarasse effettiva-

mente di aver ricevuto la somma indicata nel biglietto, non potrebbe egli ritrattarsi, sotto pretesto che ignorava la disposizione di questo articolo, il quale lo autorizzava ad opporre la nullità; giacchè simile nullità non è fondata se non sulla presunzione di una possibile sorpresa, di cui avrebbe distrutto l'effetto colla sua confessione del debito.

559. Ma dacchè un minore divenuto maggiore confessasse un mutuo fattogli in età minore, o riconoscesse il biglietto da lui a tal uopo sottoscritto, non sarebbe questa una ragione perchè dovesse essere condannato al pagamento del mutuo; imperocchè ciò non proverebbe di aver egli realmente tratto profitto dal danaro mutuato: or è questa una condizione necessaria perchè debba essere condannato a pagare la somma, e tale condizione deve provarsi dal creditore (art. 1312 c. c. = 1266 ll. cc.), o almeno confessarsi dal convenuto; ma la confessione dal mutuo non porta seco la confessione del buon impiego del danaro: sono queste due cose assai differenti.

560. E la confessione di un debito di giuoco vietato non gioverebbe a nulla, poichè la legge non accorda azione, almeno per regola, per un debito di giuoco; art. 1965 c. c. = 1837 ll. cc.: in modo che il giudice neanche deve lasciar chiamare la causa all'udienza,

561. La confessione fatta nell'ufficio di conciliazione è una confessione giudiziale, come lo giudi-

cò la Corte di Torino nel 6 dicembre 1808 (1). Non può ciò formar dubbio, poichè il giudice di pace è competente a ricevere il giuramento deferito da una delle parti all'altra; o a comprovare il costei rifiuto di prestarlo; art. 55 c. pr.

562. Ma una confessione fatta innanzi al tribunale di commercio il quale si dichiarasse di poi incompetente per ragion di materia, come il deve in qualunque stato si trovi la causa, se avvi luogo, ai termini dell'art. 170 c. pr. = 264 ll. cc., non sarebbe più che una confessione stragiudiziale.

Così opina Perezio *ad Codicem*, tit. *de confessionis*, n.º 6, in modo generale, per tutti i casi in cui il giudice innanzi al quale fu fatta la confessione era incompetente per ragion di materia; ed è questo puranche il parere di Merlin, *Repertorio*, v. *confessione*.

563. Diversamente ei sarebbe se il tribunale fosse incompetente soltanto *ratione personæ*; imperocchè non avendo il convenuto eccepito la declinatoria quando il doveva, non lo potrebbe dopo la sua confessione; egli avrebbe riconosciuto la competenza del giudice. E quando anche fosse posteriormente domandato il rinvio, ed il tribunale credesse di doverlo accordare, perchè l'altra parte non vi si opponesse, la confessione si reputerebbe sempre fatta giudizialmente, attesochè il tribunale

(1) *Giornale di giurisprudenza del Codice Civile*, tomo XIV, pag. 215.

era allora competente a riceverla, non essendo stata ancora proposta la declinatoria di foro. Or siccome la confessione fatta innanzi ad un giudice può essere invocata innanzi ad un altro giudice, secondo lo giudicò la Corte di Torino colla precitata decisione, e secondo positivamente lo dichiara la legge penultima del Codice *de liberali causa*, segue che rimane sempre confessione giudiziale, anche dopo la rimessione. Ciò puranche dice Perezio, *loco citato*.

564. Secondo il dritto romano, perchè la confessione giudiziale abbia tutta la sua forza, convien che sia fatta in presenza della parte avversa, o del suo procuratore; l. 6, § 3, ff. *de confessis*. Imperocchè siccome non dee condannarsi una parte se il suo avversario si rende contumace, l. 47, ff. *de re judicata*; così la confessione, la quale viene assimilata alla cosa giudicata, non può produrre alcun effetto allorchè siasi fatta non presente la parte avversa.

Nulladimeno Perezio dice, secondo molti dottori, che la confessione, anche in tal caso, ha tutta la sua forza, se il giudice l'abbia fatta comprovare dal cancelliere, e se inoltre la parte assente l'abbia di poi accettato. Egli trae argomento dalla l. 1, § 15, ff. *de magist. conveniendis*; e questa sarebbe ancora la nostra opinione.

SEZIONE V.

Del giuramento.

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO.

565. *Passaggio al giuramento.*

566. *Ai termini del Codice, il giuramento è di due specie, secondo la persona che lo deferisce.*

567. *Nel dritto romano, eravi puranche il giuramento volontario o stragiudiziale.*

568. *Esso produrrebbe ugualmente i suoi effetti nel nostro dritto, come convenzione o transazione.*

569. *Può essere deferito in conciliazione.*

570. *Deferito stragiudizialmente, e non accettato dall'altra parte, lascia intatta la quistione.*

565. Dopo aver parlato delle pruove scritturali, di quella risultante dalla deposizione de' testimoni, della presunzione e della confessione, ci rimane a trattare del giuramento giudiziale, che puossi definire un atto al tempo stesso civile e religioso col quale una parte in giudizio invoca Iddio come testimone della verità di ciò che afferma.

È questo un espediente che offre la legge a colui il quale manca di pruove, o che ne abbia incomplete.

566. A termini del Codice (art. 1357 c. c. = 1311 ll. cc.), il giuramento considerato secondo la persona che lo deferisce, è di due specie, ed i casi nei quali l'uno o l'altro può essere deferito, e gli

effetti dell' uno e dell' altro non sono sempre gli stessi, come fra poco si vedrà :

1.^o Quello che una parte deferisce all' altra, per farne dipendere la decisione della causa, e che per tal ragione i giureconsulti chiamano *decisorio* ;

2.^o Quello che vien deferito dal magistrato all' una o all' altra parte in virtù del suo potere, nei casi preveduti dalla legge, sia per completare la pruova, sia semplicemente per determinare il valore della condanna.

567. Nel dritto romano eravi inoltre il giuramento volontario o stragiudiziale, *jusjurandum voluntarium*, così chiamato per contrapposto al giuramento giudiziale, *sive necessarium, sive judiciali* (1). Ma nè il Codice civile, nè il Codice di procedura ne fanno menzione.

568. Non bisogna tuttavolta conchiudere da tal silenzio, nè dacchè questa specie di giuramento non è in uso nel nostro dritto, che sarebbe senza effetto; giacchè la convenzione in virtù della quale si fosse prestato il giuramento avrebbe tutta la sua forza, come ogni altra convenzione non contraria alle leggi o al buon costume. Ciò formerebbe una transazione, come lo era nel dritto romano; sarebbe soltanto necessario che le parti avessero potuto transigere sull' oggetto riguardo al quale si fosse deferito e prestato, che fosse provato di

(1) V. nel Digesto il titolo *de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali*, lib. 12, tit. 2; ed il titolo del Codice *de rebus creditis et jurejurando*.

essersi prestato giusta una convenzione, e di esserlo stato nel modo prescritto da questa convenzione.

Così, sostenendo io di esser vostro creditore, al tale o tal altro titolo poco importa, convengo con voi stragiudizialmente che se presterete giuramento di non dovermi la cosa, rinunzierò a qualunque pretensione a tal riguardo; e voi prestate il giuramento in conformità della convenzione: non cade dubbio che abbiate con ciò acquistato una eccezione o un mezzo d'inammissibilità contro la dimanda che io formassi di poi per la medesima cosa, e che dovrei essere escluso, quando anche la fondassi sulle pruove più positive. Non potrebbe non riguardarsi la convenzione come una transazione, un patto di rimessione condizionale, la cui condizione sarebbesi verificata, e che dovrebbe per conseguenza produrre il suo effetto, come l'avrebbe prodotto nel dritto romano (1), poichè tale convenzione non è contraria al buon costume nel nostro dritto, del pari che non lo era in quella legislazione.

Se non fossimo di accordo sul fatto della convenzione, oppure su quello della prestazione del giuramento nei termini stessi di tal convenzione, se ne farebbe la pruova secondo le regole ordinarie; ed il tribunale giudicherebbe in prima questo fatto; l. 9, § 1, ff. *de jurejurando*. E se fosse provato di es-

(1) L. 7, ff. *de jurejurando*, sive *voluntario*, ec.

sersi prestato il giuramento come doveva esserlo, il giudice pronunzierebbe analogamente con sentenza definitiva.

La convenzione di prestare il giuramento non potrebbe pure risolversi che di comune accordo; soltanto colui che ne aveva fatto la condizione potrebbe farne la rimessione; ed allora sarebbe come se si fosse prestato il giuramento; *ibid.*

569. Se il giuramento sia stato deferito da una delle parti all'altra in conciliazione, e sia stato prestato, il tribunale pronunzia la sua sentenza come se fosse stato prestato innanzi ad esso; e se la parte alla quale è stato deferito ha rifiutato di darlo, e non lo ha riferito al suo avversario, tal rifiuto, il quale è comprovato dal processo verbale dell'udienza del giudice di pace (art. 55 c. pr.), deve far condannare questa parte nel tribunale civile; senza che vi sia bisogno di altra pruova, nè di deferire di nuovo il giuramento, senza che neppure il tribunale possa agire diversamente. Imperocchè, ai termini dell'art. 1361 c. c. = 1315 ll. cc., colui al quale vien deferito il giuramento, qualora rifiuti di darlo o non consenta di riferirlo al suo avversario, o l'avversario al quale è stato riferito, se ricusi di darlo, *dee succumbere nella sua dimanda o nella sua eccezione*: or il giudice di pace aveva qualità, secondo la legge, per ricevere il giuramento, e per comprovare il rifiuto di prestarlo. È questo al certo un giuramento deferito giudizialmente.

570. Ma non essendo il giuramento stragiudiziale che il risultamento di una convenzione, è chiaro che il rifiuto fatto da una parte di prestarlo e nel tempo stesso di riferirlo, lascerebbe intatta la quistione innanzi ai tribunali. È questa una notevole diversità col giuramento deferito dal magistrato; e tale giuramento deferito stragiudizialmente non può essere riferito, l. 17, ff. *hoc. tit.*; cioèchè forma un'altra differenza.

§ I.^o

Del giuramento decisorio.

SOMMARIO.

- 571. Quale sia il giuramento decisorio, e quale il suo effetto.
- 572. Noi non conosciamo il giuramento de calumnia de' Romani.
- 573. Il giuramento decisorio può essere deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.
- 574. Questa regola tuttavia ammette talune limitazioni; ne ammette primieramente una in materia di separazione personale.
- 575. Ne ammette un'altra nel caso in cui la convenzione sia nulla per non essersi formata con atto dalla legge sottoposto a ritualità solenni.
- 576. Imperocchè non puossi deferire il giuramento a colui che invoca una eccezione perentoria.
- 577. Come sarebbe la prescrizione ordinaria di anni trenta.
- 578. Vero senso della regola.
- 579. Puossi mai deferire il giuramento a colui che ha un atto autentico? distinzione da farsi.
- 580. Non può deferirsi che sopra un fatto personale alla parte cui vien deferito: come debba intendersi questa regola.
- 581. È necessario che colui che lo deferisce, o a chi si deferisce, possa disporre dell'oggetto della controversia.
- 582. Caso in cui la lite sia sostenuta da un tutore.
- 583. Continuazione.

Tit. III. De' contratti o delle obblig. conv. 609

584. *Da un minore emancipato.*

585. *Da una persona sottoposta all' assistenza di un consulente giudiziario.*

586. *Da un marito in tale qualità.*

587. *Da un mandatario.*

588. *Il giuramento può essere deferito in qualunque stato di causa, ed ancorchè non vi sia alcuna pruova.*

589. *In grado di appello del pari che in prima istanza.*

590. *Che debbasi intendere colle parole in qualunque stato di causa.*

591. *Formalità riguardanti la prestazione del giuramento.*

592. *Come debba prestarsi; secondo quai riti religiosi.*

593. *Continuazione.*

594. *Colui al quale vien legalmente deferito, e che rifiuti di prestarlo, o non consenta di riferirlo al suo avversario, dee succumbere.*

595. *Chi ha dichiarato di esser pronto a prestarlo, più non può riferirlo.*

596. *Il giuramento non può riferirsi quando il fatto non sia personale a colui al quale si volesse riferirlo; come debba ciò intendersi.*

597. *La parte che ha deferito o riferito il giuramento, non può più ritrattarsi se la parte contraria ha dichiarato di esser pronta a giurare.*

598. *Il giuramento rimesso è considerato come prestato.*

599. *Quando il giuramento siasi dato, non si ammette l'altra parte a provarne la falsità, e neanche potrebbe ammettersi l'appello.*

600. *Il Codice penale tuttavolta stabilisce delle pene contra colui il quale ha prestato un falso giuramento in materia civile; la parte lesa potrebbe mai costituirsi parte civile nel giudizio criminale, per ottenere i danni ed interessi? Sì, secondo l'autore.*

601. *Ed anche far rescindere il giuramento, o far rinvocare la sentenza con ricorso per ritrattazione nel caso in cui avesse acquistato forza di cosa giudicata, se questa parte avesse deferito il giuramento sol perchè dall'avversario si fossero occultati documenti decisivi scoperti posteriormente.*

602. *Il giuramento prestato o negato non ha effetto che tra le parti e loro rappresentanti.*

603. *Il giuramento deferito da uno de'creditori solidali al debitore, non libera costui se non per la parte di questo creditore.*

604. *Deferito al debitore principale sul fatto medesimo del debito, libera i fideiussori.*

610 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

605. *Deferito ad uno de' debitori solidali, anche sul fatto del debito, libera i condebitori; ma il suo rifiuto di prestarlo, o quello che ha deferito al creditore, non nuoce loro.*

606. *Effetto del giuramento deferito da uno de' creditori di un' obbligazione indivisibile.*

607. *Il giuramento prestato da un erede del debitore, anche di un debito indivisibile, non giova che a lui solo, ed il suo rifiuto di prestarlo non nuoce similmente che a lui.*

608. *Il giuramento non fa pruova che della cosa o del fatto su cui fu prestato, e non già per altra cosa, abbenchè simile e derivante della medesima causa: conseguenza.*

A R T. I.^o

Quale sia il giuramento decisorio, e su quali controversie possa deferirsi.

571. Il giuramento decisorio è quello che una parte deferisce all'altra, per farne dipendere la decisione della causa; art. 1357 c. c. = 1311 ll. cc. Esso ha l'effetto di una transazione e l'autorità della cosa giudicata in ultima istanza. La parte che lo deferisce prende il suo avversario per giudice della controversia, e si sottopone anticipatamente a ciò che ei dichiarerà sotto la fede del giuramento.

572. Nel dritto romano colui che deferiva il giuramento era tenuto, se il suo avversario il richiedeva, di prestar prima egli stesso il giuramento *de calumnia*, cioè di giurare che non deferiva il giuramento alla parte avversa per vessarla, ma perchè credeva giusta la sua pretensione (1); e ciò non

(1) V. nel Codice il titolo *de iurejurando propter calumniam dando*; lib. 2, tit. 59.

impediva alla parte di riferirlo, in vece di prestarlo essa medesima.

Gotofredo nelle sue note sulla l. 34, § 4, ff. *de jurejur. sive volunt.*, ec., in cui si parla dell'obbligazione di prestare questo giuramento, dice che esso era assai proprio a prevenire le ingiuste controversie; ma non fu ammesso nel nostro dritto. Si credette, e con bastante ragione, che colui il quale non si facesse scrupolo di domandare una cosa che sapesse non essere a lui dovuta, non se ne farebbe vieppiù di prestare il giuramento di cui si tratta.

573. Ai termini dell'art. 1358 c. c. = 1312 ll. cc., il giuramento decisorio può esser deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.

Quindi può esserlo in possessorio del pari che in petitorio; nelle azioni reali del pari che nelle personali, sulle eccezioni del pari che sulle dimande.

574. Nulladimeno comunque generale sia la regola, non è talmente assoluta che non riceva talune limitazioni.

Laonde in materia di separazione personale, non puossi deferire il giuramento sui fatti allegati. La ragione n'è semplice: il giuramento è una specie di transazione, e siccome non avvi oggetto di transazione in tal caso, è chiaro che non può esser deferito da una delle parti all'altra, nè anche dal giudice come supplemento di prova (1).

(1) Si trova nel Repertorio di Merlin, v. *Giuramento*, un arresto del Consiglio di Stato, funzionante da Corte di cassazione per lo ex regno di Vestfalia, il quale giudicò che lo stesso giuramento suppli-

Neppure puossi deferire il giuramento sulla domanda di pagamento di uno di quei debiti di giuoco pei quali la legge non accorda azione; imperocchè quando anche il debito fosse confessato, non per ciò potrebbe chiedersene il pagamento.

575. Nè ugualmente potrebbesi deferire sopra una convenzione la quale, per dirsi obbligatoria, dovrebbe esser formata mediante un atto stipulato con formole solenni. Quindi non potrebbesi deferirlo sopra una promessa di donazione, o sopra convenzioni di matrimonio o d'ipoteca, verbali ovvero comprovate da atti in iscrittura privata; giacchè non basta che tali convenzioni sieno provate; è d'uopo che sien fatte secondo le formalità richieste dalla legge, o, se vogliasi, la legge non riconoscesse altri mezzi di prova che l'adempimento di queste medesime formalità.

576. In fatti non puossi deferire il giuramento a colui il quale allega una eccezione perentoria, distruttiva dell'azione medesima. Quindi non puossi deferirlo a chi ha in suo favore una sentenza passata in cosa giudicata; giacchè non avvi più controversia: altrimenti mancherebbe di scopo. Se si potesse deferirlo dopo una prima sentenza, potrebbesi ancor deferirlo dopo la seconda, dopo la terza, ed in tal modo vessar continuamente una persona.

Si potrebbe tuttavia deferirlo sulla quistione se siavi stato oppur no acquiescenza alla sentenza prof-

torio non avea potuto deferirsi in materia di divorzio, non ostante la generalità dei termini dell' art. 1358 c. c. = 1312 ll. cc.

ferita in prima istanza, per sapere quindi se questa sentenza abbia acquistata oppur no l'autorità di cosa giudicata.

577. Così pure, non si può deferire il giuramento a chi invoca la prescrizione ordinaria; imperocchè in questo caso non si tratta più di sapere se il debito sia oppur no effettivamente esistito, se sia stato oppur no pagato, ovvero rimesso: esso è estinto mediante la prescrizione debitamente invocata; ed allora si applica l'adagio di dritto, *frustra probatur quod probatum non relevat*. Or il giuramento non è adoperato che come mezzo di pruova.

Avvien diversamente nei casi preveduti negli art. 2275 c. c. = 2181 ll. cc., e 189 c. com. = 195 ll. ecc. com.: la legge ha riserbato espressamente in tai casi la facoltà all'attore di deferire il giuramento al convenuto, perchè la prescrizione non è fondata che sulla sola presunzione di pagamento del debito.

E nei casi ordinarj potrebbesi deferirlo sul punto di conòscersi se la prescrizione sia stato interrotta nella tale o tal altra epoca mercè una ricognizione del debito, o se il debitore abbia rinunciato alla prescrizione acquistata. Ciò in fatti non sarebbe un deferirlo non ostante la prescrizione, poichè al contrario si sosterebbe che la prescrizione non abbia avuto luogo, o non sia più eccepibile.

578. Il vero senso dell'art. 1358 c. c. = 1312 ll. cc. non è dunque che possa deferirsi il giuramento in qualsivoglia caso, senza veruna eccezio-

ne, ma soltanto che possa esserlo in qualsivoglia specie di controversia circa un fatto che si tratta di stabilire, sul quale le parti potrebbero transigere, e da cui dipendesse la decisione della causa. Or siccome importa poco che il fatto sia provato, allorchè rimane senza forza mediante la prescrizione ordinaria, o altra eccezione perentoria, ne segue che il giuramento, il quale non può avere altro oggetto che di stabilire la verità o la falsità di fatto, addivien allora inutile. Che mai importa ancora che tal fatto fosse confessato dalla parte, se non sia provato agli occhi del magistrato, e se bisogna nulladimeno che lo sia? come in materia di separazione personale, la quale non potendo aver luogo col mutuo consenso, non deve per conseguenza esser fondata sopra fatti non provati agli occhi de' tribunali, sopra fatti che potrebbero essere immaginati dalle parti.

Convien dunque dire che il giuramento decisorio possa deferirsi sopra qualunque specie di controversia, nel senso che possa esserlo nelle cause civili e commerciali, o innanzi al giudice di pace, sia giudice, sia conciliatore; in possessorio del pari che in petitorio, e nelle azioni reali del pari che nelle personali, *Jusjurandum et ad eas pecunias et ad omnes res locum habet*. Ma ciò non vuol dire che possa esserlo in tutti i casi possibili.

579. Puossi mai deferire il giuramento a chi ha fatto una pruova completa, e specialmente a chi è possessore di un atto autentico?

La ragione di dubitarne emerge dacchè l'atto autentico fa piena fede, fino all'iscrizione in falso, della convenzione che contiene tra le parti, loro eredi, e quelli che han causa da essi; art. 1319 c. c. = 1273 ll. cc. Or puossi dire, sino a quell'istante non può esservi *controversia*: il fatto è provato: il giuramento manca di oggetto: non potrebbe esser deferito se non per vessare il possessore dell'atto. Non è lecito opporre alcuna eccezione contra un atto autentico che inscrivendosi in falso: che allora si deferisca il giuramento in una iscrizione di falso civile, si conceda; ma finchè l'atto non sia impugnato per questa via, ha la medesima forza di un giudicato.

Crediamo ciò vero rispetto a fatti certificati dal notaro come passati sotto i suoi occhi, per esempio la numerazione del danaro mutuato da una all'altra parte, ed attestata dal notaro, il quale ha dichiarato nell'atto che il danaro è stato numerato in sua presenza dal mutuante, e ricevuto dal mutuario. Ancora, se il convenuto deferisse il giuramento all'attore sul punto se gli abbia consegnato il danaro subitochè l'atto fu sottoscritto, l'attore dovrebbe prestarlo, o succumbere nella sua domanda. Vie maggiormente egli è così nel caso in cui il notaro non ha fatto che attestare dichiarazioni di fatti non avvenuti in sua presenza, semplici assertive, ricognizioni di debiti. Per esempio, se l'atto dica che una delle parti si è dichiarata debitrice verso l'altra di una determinata somma,

ad essa precedentemente pagata, siccome il nota-
ro altro non attesta *propriis sensibus*, se non che
le parti gli han fatto questa dichiarazione, e sic-
come tale dichiarazione può non essere uniforme
alla verità, il giuramento può deferirsi sopra siffat-
ta controversia, se mai si elevi. L'atto indubitata-
mente fa fede, sino all'iscrizione in falso, della
dichiarazione che contiene, perchè si è fatta in-
nanzi notaro; ma simile dichiarazione potè essere
l'effetto di errore, o essere stato carpita al debi-
tore in particolari circostanze, e per consequen-
za giustamente può formar l'oggetto di *una con-*
troversia tra le parti. Il notaro non ne può garan-
tire la veracità, come garantisce la veracità di ciò
ch'è avvenuto sotto i suoi occhi (1).

ART. II.

A chi possa deferirsi il giuramento.

580. Il giuramento non si può deferire, fuorchè
su di un fatto personale alla parte cui vien deferi-
to; art. 1359 c. c. = 1313 ll. cc.

Nulla però impedisce di deferirlo, non sul fatto in
sè stesso, ma sul punto di sapersi se colui al quale
vien deferito ne abbia conoscenza; giacchè questa co-
noscenza è qualche cosa che gli è personale. Così, ai
termini dell'art. 2275 c. c. = 2181 ll. cc., il giur-

(1) Delvincourt fa la medesima distinzione.

ramento può esser deferito alle vedove o eredi, ovvero ai tutori di questi ultimi, se sieno minori, affinchè dichiarino se sappiano di esser dovuta la cosa. E secondo l'art. 189 c. com. = 195 ll. ecc. com., coloro ai quali si oppone la prescrizione di cinque anni sopra un'azione relativa ad una lettera di cambio o ad un biglietto ad ordine, possono similmente deferire il giuramento alle vedove, agli eredi o a coloro che han causa dai pretesi debitori, perchè dichiarino se credano in buona fede di nulla essere da loro dovuto.

Così parimenti, l'erede di Paolo produce contro me dimanda di pagamento per una somma di 600 franchi dovuta con biglietto; io sostengo di aver fatto un pagamento di 200 fr. a conto al defunto, in una occasione in cui non aveva seco il biglietto per farne menzione in dorso, ed in cui neanche potette rilasciarmi una quietanza: domando all'erede che affermi con giuramento di non conoscere personalmente un tal pagamento; io lo posso, giacchè il defunto può avergliene parlato; e può ancora sussistere un notamento nelle costui carte che ne faccia menzione: deferendo il giuramento in questi termini, lo deferisco dunque sopra qualche cosa di personale all'erede; e se rifiuti di prestarlo, dee succumbere.

Se avesse soltanto de'dubbi a tal riguardo, se per esempio avesse trovato nelle carte ereditarie un progetto di quietanza, siccome questo progetto sarebbe lungi dall'attestare di essere avvenuto il pagamen-

to , ma soltanto di essersi fatte proposizioni a tal uopo , e sulla realtà delle quali l'erede potrebbe essere nell'incertezza , costui prestando il giuramento secondo ciò che sapesse , non somministrerebbe una eccezione contro di lui. Neanche potrebbe elevarsi alcun sospetto sulla sua buona fede, poichè dipendeva solo da lui il dichiarare di non avere conoscenza alcuna di ciò che potesse riguardare siffatto pagamento.

ART. III.

Da chi possa deferirsi il giuramento.

581. Siccome il giuramento produce decisione della causa a favore di colui che lo ha prestato, o a favore di colui che lo ha deferito , se l'avversario siasi recusato di prestarlo e non l'abbia riferito, è d'uopo che chi lo deferisce , o quegli al quale vien deferito possa disporre dell'oggetto in controversia.

Ciò fece dire a Pothier, fondandosi sulla dottrina del roman dritto, che non sia lecito ad un minore, senza l'autorizzazione del suo tutore, deferire il giuramento al suo avversario; l. 17, § 1, ff. *de jurejurando* ; e che non si possa a lui deferirlo; l. 34, § 2, *hoc tit.*

582. Ma siccome fra noi il tutore è quello che agisce pel minore, e che sostiene la lite nella sua qualità di tutore , perchè nel nostro dritto il tutore rappresenta il minore in tutti gli atti della vi-

ta civile (art. 450 c. c. = 373 ll. cc.), noi non dobbiamo riguardare la quistione sotto tal rapporto, quando si tratti di una causa che interessa un minore sotto tutela o un interdetto; ma rispetto al tutore.

Ed i tutori de' minori e degl' interdetti possono deferire il giuramento sopra oggetti che loro è permesso alienare, come sarebbe per esempio il caso di una vendita di derrate provenienti dal raccolto fatto sopra i beni del minore: *nam et alienare res, et solvi potest, et agendo rem in judicium deducunt*; l. 17, § 2, ff. *hoc tit.* Tuttavolta il giureconsulto Paolo, nella legge 53 del medesimo titolo, dice positivamente che il tutore non deve mai deferire il giuramento, se non quando avvi evidente interesse pel pupillo, perchè non abbia costui alcuna pruova in suo favore: *Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est; quandoque enim pupillo denegabitur actio.*

Laonde Pothier, *ad Pandectas* su questa legge, così si esprime: QUANDOQUE, *quia jusjurandum a tutore delatum non semper est efficax, sed demum quum prudenter et inopia aliarum probationum illud detulit.*

In fatti al minore o all'interdetto competerebbe il ricorso per ritrattazione, se il tutore avesse descritto il giuramento senza necessità, ancorchè la cosa si fosse potuta da lui alienare senza deliberazione del consiglio di famiglia: imperocchè sarebbe vero il dire di non essere stato il minore o l'interdetto

difeso, o di non esserlo stato validamente; art. 481 c. pr. = 545 ll. pr. civ. Quindi l'avversario può per sua sicurezza dimandare che il tutore sia a tal uopo autorizzato dal consiglio di famiglia; e ciò soprattutto è particolarmente vero nelle azioni sopra stabili, poichè il tutore non può senz'autorizzazione aderire ad un'azione di tale natura (art. 464 c. c. = 387 ll. cc.), ed il deferire il giuramento è in qualche modo un aderimento, un aderimento condizionale, è vero, ma che può produrre alienazione del dritto al pari di un aderimento puro e semplice.

583. Allorchè il giuramento vien deferito al tutore nei casi preveduti dall'art. 2275 c. c. = 2133 ll. cc., il costui rifiuto a prestarlo, e per effetto del quale il minore o l'interdetto fosse condannato, generalmente non darebbe luogo al ricorso per ritrattazione; ma si dovrebbe dire il contrario se il minore o l'interdetto producesse di poi una quietanza la quale dimostrasse che il debito era stato soddisfatto. Altronde, come lo abbiamo detto più innanzi (n.º 474), le sentenze contenenti condanna di pagare una somma, si reputano dichiarar pure che sarà essa pagata in danaro o in quietanze.

In generale il giuramento non può essere deferito ai tutori, nel senso che il loro rifiuto a prestarlo deve far condannare il minore o l'interdetto. Se nondimeno fossero costoro condannati per effetto del rifiuto del tutore di prestare il giuramento, potrebbero produrre ricorso per ritrattazione, per

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 621
non essere stati difesi o per non esserlo stati validamente.

Del resto il giuramento può sempre esser deferito ad un tutore sopra un fatto a lui personale; come un pagamento fatto a lui medesimo.

584. I minori emancipati possono deferire il giuramento sopra oggetti appartenenti all'amministrazione de' loro beni, e puossi ad essi validamente deferirlo. I minori emancipati negozianti possono similmente deferirlo sopra tuttociò che riguarda il loro commercio, come puossi loro deferirlo sopra tali oggetti.

585. Circa alle persone sottoposte all'assistenza del consulente giudiziario per causa di prodigalità o di debolezza di mente, non cade dubbio che possano deferire il giuramento sopra oggetti che sono compresi nella semplice amministrazione de' loro beni, la quale non è loro tolta, come lo è agl'interdetti propriamente chiamati: tal sarebbe il caso in cui si trattasse di un pagamento di pigioni, di annualità arretrate o d'interessi, di vendite, di derrate; ed il giuramento potrebbe deferirsi ad esse medesime. Ma siccome non possono stare in giudizio, nè da attrici nè da convenute, per qualunque specie di controversia, senza l'assistenza del consulente loro dato (art. 499 e 513 c. c. = 422 e 436 ll. cc.), avrebbero bisogno di essere assistite nel giudizio per poter deferire il giuramento, ed affinchè il rifiuto di prestare quello ad esse deferito potesse farle legalmente condannare: altrimenti avrebbero il ricorso per ri-

trattazione. Nelle azioni riguardanti dritti sopra stabili, o crediti, avvi maggior dubbio: nondimeno siccome queste persone possono alienarli coll'assistenza del loro consulente, crediamo che con tale assistenza possano puranche in valido modo deferire il giuramento, del pari che può esser loro deferito, senza speranza di ricorso per ritrattazione per mancanza di difesa o di valida difesa. Ma il consulente non dovrà accordare il suo assenso alla delazione del giuramento fatta da parte di esse, se non quando non avessero pruove bastanti da sperare di vincere nella loro dimanda o nella loro difesa.

586. I mariti che hanno l'usufrutto e l'amministrazione de' beni della loro moglie possono del pari deferire il giuramento su tuttociò che riguarda tale amministrazione; e può esser pure ad essi deferito sui medesimi oggetti.

Si può dir puranche in generale che il marito il quale ha l'esercizio delle azioni sopra mobili di sua moglie, come nel caso di comunione, o di esclusione da comunione senza separazione di beni, o sotto la regola dotale pel mobile che fa parte della dote; si può dire che in questi casi il marito ha qualità da deferire il giuramento, e che può venir pure a lui deferito; salvo a lui di rifiutare di darlo, se gli venisse deferito sopra un fatto anteriore al matrimonio, o che per altra causa non gli fosse personale, ammenochè ancora non gli venisse deferito sulla conoscenza che avesse oppur no di questo medesimo fatto.

587. Colui il quale ha un mandato generale con facoltà di alienare, giusta il suo tenore, può deferire il giuramento; l. 17, § 3, ff. *hoc tit.* Ma un semplice mandato concepito in termini generali non darebbe tal facoltà al mandatario, poichè non comprenderebbe che gli atti di amministrazione; art. 1988 c. c. = 1860 ll. cc. Ed il mandatario per la lite neanche potrebbe deferire il giuramento se non quando vi fosse espressa facoltà a tal riguardo; l. 18, ff. *hoc tit.* (1); eccetto il caso in cui la causa riguardasse il mandatario medesimo, perchè sarebbe *procurator in rem suam*, a motivo di una surrogazione o cessione qualunque; l. 17, § 3, innanzi citata.

Nulladimeno se il giuramento fosse stato deferito dal patrocinatore della parte, per escludere l'effetto della sentenza sarà d'uopo di una disapprovazione in debita forma, secondo le regole indicate dal Codice di procedura, nel titolo della disapprovazione. Ma se il giuramento fosse stato deferito da un mandatario stragiudiziale, senza averne il potere, la parte potrà impugnare la sentenza col mezzo della opposizione di terzo, atteso che il mandante non è rappresentato in tutto ciò che il mandatario faccia oltre le di lui facoltà; art. 1989 e 1998 c. c. = 1861 e 1870 ll. cc.

E puossi dire lo stesso del caso in cui il giuramento siasi deferito dall'amministratore di uno sta-

(1) V. puranche la l. 7, Cod. *de rebus creditis et iurare.*

624 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
bilimento pubblico senza averne ricevuto il potere da
coloro che potevano conferirglielo; l. 34, § 1, *hoc tit.*

ART. IV.

*Il giuramento può deferirsi in qualunque stato
di causa.*

588. Il giuramento può deferirsi in qualunque
stato si ritrovi la causa, ed ancora quando non
esista alcun principio di pruova della dimanda o
della eccezione sulla quale il giuramento si diman-
da; art. 1360 c. c. = 1314 ll. cc.

589. Può deferirsi in grado di appello del pari
che in prima istanza, poichè la prescrizione mede-
sima può opporsi per la prima volta in grado di
appello, ammenochè dalle circostanze non risulti
che la parte vi abbia rinunciato (art. 2224 c. c. =
2130 ll. cc.): or avvi vieppiù ragione pel giura-
mento, poichè esso rende una delle parti giudice
in causa propria.

590. Ma quantunque il succitato art. 1360 dica
che il giuramento può deferirsi *in qualunque stato
si ritrovi la causa*, nulladimeno ciò non significa
che possa esserlo in tutt' i casi, sinchè venga pro-
nunziata la sentenza. Quindi, secondo l'art. 111 c.
pr. = 206 ll. pr. civ., se la causa sia stata messa in
deliberazione, i difensori *dopo la relazione non po-
tranno essere ascoltati sotto alcun pretesto*, e solo
avranno la facoltà di presentare immediatamente al

presidente le note enunciative de' fatti, sopra i quali pretendessero che la relazione fosse stata inesatta o incompleta; donde segue evidentemente che dopo la relazione non puossi più deferire il giuramento, poichè ciò sarebbe un *ricevere ascolto* e far uso di un nuovo mezzo, sul quale altronde puossi elevare più di un dubbio; salvo alla parte il dritto di appellare dalla sentenza, se avvi luogo, e di deferire il giuramento innanzi al magistrato d'appello.

Debb'essere lo stesso nelle altre cause allorchè il ministero pubblico ha date le sue conclusioni: non avvi più luogo a novelle discussioni; or il giuramento potrebbe produrne.

ART. V.

Come debba prestarsi il giuramento.

591. Siccome il giuramento dee prestarsi dalla parte personalmente, se costei ha dato a qualcuno facoltà per rappresentarla nel giudizio, non sarà ciò una ragione da allontanarsi dalla disposizione della legge a tal riguardo.

Ecco ciò che prescrive il Codice di procedura.

« Ogni sentenza la quale ordinerà un giuramento, enuncierà i fatti sui quali avrà luogo; art. 120 c. pr. = 214 II. pr. civ.

« Il giuramento sarà prestato dalla parte personalmente, ed all'udienza. In caso di un impe-

« dimento legittimo e debitamente comprovato , il
 « giuramento potrà essere prestato davanti un giu-
 « dice incaricato dal tribunale a riceverlo ; e que-
 « sto assistito dal cancelliere si trasferirà nell' abi-
 « tazione della parte che dee prestarlo.

« Se la parte cui vien deferito il giuramento tro-
 « vasi in troppa distanza , il tribunale potrà ordi-
 « nare che lo presti avanti il tribunale del luogo
 « dove essa dimora.

« In tutt'i casi il giuramento sarà prestato in pre-
 « senza dell'altra parte , o chiamata nelle debite
 « forme per mezzo di un atto di patrocinatore a
 « patrocinatore , ed in mancanza di patrocinatore
 « costituito, per mezzo di un atto di citazione , nel
 « quale verrà significato il giorno della prestazione
 « del giuramento. ».

592. Gli Anabattisti ed i Quacqueri della Pensil-
 vania , e loro confratelli abitanti di Europa , temono ,
 essi dicono , *d'invocare il nome di Dio invano* , e
 secondo Voet , non puossi esiger da essi che *un'af-
 fermazione in anima e coscienza , ex fide boni
 viri* , in presenza del magistrato. La Corte di Bor-
 dò con decisione del 22 marzo 1809 , confermata
 poi in cassazione nel 28 marzo 1810 (1) , adottò
 siffatta dottrina , in occasione del giuramento defe-
 rito ad un individuo la cui religione era conosciuta
 in fatto di esser quella de' Quacqueri. La Corte si
 fondò sul motivo che la libertà di coscienza non per-

(1) *Sirey*. 1810 , 1 , 226.

mette di esigere da una persona un atto contrario alle sue massime religiose. Così ancora disponevano le leggi romane: *Divus Pius* (Antonino Pio) *jurejurando quod propria superstitione* (1) *juratum est, standum rescripsit*; l. 5, § 1, ff. *de jurejur.*

595. Ma appunto perchè il giuramento è un atto religioso, debb' essere prestato, come lo dice la legge romana, secondo il modo della religione di colui che lo presta; diversamente non sarebbe un vincolo, e mancherebbe lo scopo della legge. Da ciò emerge che un Israelita può esser tenuto a prestarlo *more judaico*. Tanto fu giudicato dalla Corte di Colmar con decisione del 16 giugno 1809, confermata pure dalla Corte di cassazione nel 12 luglio 1810 (2): « attesochè, disse quest' ultima Corte, essendo il « giuramento un atto religioso, deve prestarsi secondo il rito particolare del culto di ciascun « stimone, ec. » Si trattava infatti nella specie del giuramento da prestarsi da testimoni ch'erano Ebrei. Ma vie maggiormente puossi richiedere da una parte a cui vien deferito, che lo presti secondo il modo ed i riti della sua religione.

(1) *Idest, religione.*

(2) *Sirey*, 1810, 1, 529.

ART. VI.

Effetto del rifiuto di prestare il giuramento deferito o riferito.

594. Colui al quale vien legalmente deferito il giuramento, qualora rifiuti di darlo, o non consenta di riferirlo al suo avversario, o l'avversario al quale è stato riferito si ricusi di darlo, deve succumbere nella sua dimanda o nella sua eccezione; art. 1361 c. c. = 1315 ff. cc.

595. Allorchè la parte alla quale è stato deferito il giuramento abbia dichiarato di esser pronta a giurare, non può più riferirlo: il patto è formato, e deve essa eseguirlo (1).

596. Ed il giuramento non può riferirsi quando il fatto non sia personale a colui al quale si vorrebbe riferirlo; art. 1362 c. c. = 1316 ff. cc. Può si tuttavia a lui riferirlo perchè semplicemente dichiararsi se abbia conoscenza di questo fatto. Quanto è stato da noi detto su tale oggetto pel caso del giuramento deferito ad una parte alla quale il fatto non sia personale, si applica a quello in cui avendo questa stessa parte deferito il giuramento, tale giuramento l'è stato di poi riferito.

597. La parte che ha deferito o riferito il giura-

(1) Donello, che invoca la legge 17, princip., ff. *hoc tit.*, e la legge 5, Cod., *de obligat. et actionibus*.

mento non può più ritrattarsi, se la parte contraria ha dichiarato di esser pronta a giurare; art. 1364 c. c. = 1318 ll. cc. La convenzione si è formata, e deve ricevere la sua esecuzione. Ma segue da ciò che sino a questa dichiarazione, colui il quale ha deferito il giuramento può ritrattarsi, poichè soltanto *dopo* egli non più lo può. È d'uopo tuttavia che notifichi la sua ritrattazione prima della dichiarazione dell'avversario, o che la faccia all'udienza; e secondo la legge 11, cod. *de rebus creditis et de jurejur.*, non può più deferire il giuramento.

Per la medesima ragione se colui il quale ha riferito il giuramento si ritratti prima che l'avversario il quale glielo aveva deferito abbia dichiarato di esser pronto a prestarlo, può darlo egli stesso, notificando la sua ritrattazione prima che l'avversario abbia dichiarato la sua accettazione.

598. Se colui che ha deferito o riferito il giuramento fa remissione al suo avversario dell'obbligazione di prestarlo, il giuramento si reputa prestato. Voet e Perezio sono di tal parere, fondandosi sulla l. 37, ff. *hoc tit.*

ART. VII.

Non è lecito provare la falsità del giuramento.

599. L'art. 1363 c. c. = 1317 ll. cc. dice che quando il giuramento deferito o riferito siasi dato,

650 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

non si ammette l'avversario a provarne la falsità (1).

E siccome esso *decide* la controversia, non piossi appellare dalla sentenza, comunque la somma in disputa fosse altronde maggiore di 1,000 fr. Il giuramento ha l'effetto della cosa giudicata in ultima istanza; imperocchè la parte che lo ha deferito non può dire che il tribunale giudicando secondo il giuramento, gli ha fatto un TORTO. *Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet. Non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum; l. 1, ff. quarum rerum actio non datur.*

600. Ma da un altro canto, l'art. 366 c. pen. = 190 *ll. pen.* pronunzia la pena della degradazione civica contra colui al quale è stato deferito o riferito il giuramento in materia civile, e che ha fatto un falso giuramento.

Or siccome, giusta l'art. 1 c. ist. cr. = 2 e 3 *ll. pr. pen.*, l'azione civile per riparazione del danno cagionato da un misfatto o da un delitto appartiene a tutti coloro che sono stati lesi da tal misfatto o delitto, segue che colui al quale il falso giuramento ha cagionato un danno può costituirsi parte civile nel giudizio criminale, ed ottenere a titolo di danni ed interessi la riparazione di questo danno. Con ciò non s'impugna la sentenza profferita sul falso giuramento prestato: questa sentenza non avrà nichè la sua esecuzione; ma si domanda soltanto una in-

(1) *Stari enim religioni debet; l. 21, ff. de dolo malo.*

dennità pel danno sofferto per effetto del misfatto. Vero è che le leggi romane dicono riguardo al giuramento falsamente prestato, *sufficit perjurii poena*; l. 22 ff. *de dolo malo*; ma l'art. 1.^o c. ist. cr. = 2 e 3 ll. *pr. pen.* non contiene alcuna limitazione: *Tutti coloro*, esso dice, che han sofferto danno da un misfatto o da un delitto, hanno l'azione civile per dimandarne la riparazione; or qui avvi misfatto.

Diciamo che la sentenza avrà la sua esecuzione; ed in fatti se pronuncii che la proprietà della tale cosa appartiene alla parte che ha prestato il falso giuramento, questa parte rimarrà effettivamente proprietaria della cosa; e se condanni l'altra parte a pagare una somma, vi sarà compensazione dei danni ed interessi colla somma, se non sia stato ancora pagata. Quindi l'art. 1363 c. c. = 137 ll. cc. riceverà sempre la sua applicazione. Soltanto in linea *civile* è vietato di provare la falsità del giuramento, e per rispetto dovuto alla cosa giudicata; ma i danni ed interessi sono dimandati con un'azione accessoria all'azione criminale, e la cosa giudicata non conserva meno il suo effetto, poichè non si domanda la riforma della sentenza. Finalmente non è impossibile che il giuramento contrario alla verità siasi prestato in buona fede, per errore, come Voet suppone che possa aver luogo; ed in tal caso, siccome non evvi misfatto, e quindi neppure azione criminale o civile, il surriferito art. 1363 avrà il suo intero effetto, anche

nel senso dell' obbiezione. Ma quando vi è falso giuramento scientemente prestato, sarebbe cosa troppo irragionevole, che chi fosse condannato ad una pena infamante per aver prestato questo falso giuramento, potesse arricchirsi col suo misfatto. Il giuramento è alcetto una transazione, ma la frode non vien permessa nelle transazioni.

Viemaggiormente dovrebbe esser così, se si trattasse di un caso in cui il giuramento fosse stato deferito dal giudice *inopia probationum*, del quale giuramento parleremo fra poco; giacchè neanche puossi dire in tal caso che esso contenga transazione.

601. Che anzi se il giuramento non sia stato deferito da una delle parti all' altra, se non perchè costei non aveva presentato documenti decisivi appartenenti al suo avversario, è questo un caso di ricorso per ritrattazione (art. 480 c. pr. = 544 *ll. pr. civ.*), mediante il quale la sentenza medesima dovrebbe essere rievocata. È questa la comune opinione degli autori, e specialmente di Pothier, il quale si fonda sul motivo che la convenzione del giuramento può, come qualunque altra convenzione, rescindersi allorchè sia l' effetto della frode di una delle parti verso l' altra. Ma diremo più semplicemente che la legge forma della scoperta di documenti decisivi un mezzo di ricorso per ritrattazione, allorchè questi documenti non sieno stati presentati dalla parte avversa, ed essa non distingue per qual motivo sia stata la sen-

tenza profferita : il suo prescritto è in termini generali. Quindi non s'impugna il giuramento, ma la sentenza; e se questa sentenza non fosse ancora profferita allorchè si scoprirono i documenti, il giudice potrebbe rescindere il giuramento per motivo del dolo commesso col non essersi presentati i documenti; e se lo fosse, e durasse tuttavia il termine ad appellare, la parte lesa potrebbe produrre appellazione e far riformare la sentenza. Ciocchè potrebbe fare col mezzo del ricorso per ritrat-
tazione, *a fortiori* può farlo mediante l'appello.

Voet sostiene ancora di più: convenendo, secondo le leggi romane, che la sentenza sia impugnabile *sub pretextu perjurii*, opina nulladimeno in modo generale, che se il dolo sia evidente, se il giuramento sia stato falsamente prestato con cognizione di causa, puossi rescinderlo, come si rescinderebbe una transazione a causa di dolo o di frode; attesochè, egli dice, il giuramento medesimo è una transazione, ed appunto per tal ragione Ulpiano nella legge 21, ff. *de dolo malo*, manifesta che non si può impugnare il giuramento, *quia per jusjurandum TRANSACTUM videtur*. Or, continua Voet, possonsi impugnare le transazioni per causa di dolo; dunque deesi aver facoltà d'impugnare un falso giuramento scientemente prestato. In modo che egli animetteva la rescissione del giuramento, se la scoperta di documenti dimostrasse che fu falsamente prestato; ed all'oggetto non richiedeva che i documenti non fossero stati prodotti per fatto di co-

lui che lo aveva prestato. Ed in quanto al parere di Ulpiano, che non si può impugnare il giuramento *sub pretextu perjurii*, Voet dice che bisogna intendere tal parere del caso in cui la parte abbia prestato il giuramento in buona fede, ma che avendo di poi riconosciuta la verità del fatto, essa vuole nondimeno che tale giuramento produca il suo effetto.

Tuttavolta Voet dà a siffatto testo una interpretazione arbitraria che vien anche interamente distrutta dalla legge seguente, in cui il giureconsulto Paolo, dicendo: *nam sufficit perjurii poena*, ben evidentemente suppone che il giuramento con falsità prestato lo sia stato scientemente; in diverso caso non vi sarebbe luogo a dire che vi sia stato *spergiuro*. Le leggi 15, ff. *de except. et præsript.*, e 1, Cod. *de rebus creditis et jurejur.*, distruggono puranche siffatta interpretazione.

Ed in quanto alla scoperta di nuovi documenti che dimostrassero di esser falso il giuramento prestato, la legge 51, ff. *de jurejur.*, ne forma un caso di rescissione del giuramento deferito dal magistrato, ma non di quello deferito da una delle parti all'altra. Noi fra poco torneremo a parlare di questa legge.

Bisogna convenire in fatti che il giuramento decisivo non possa essere impugnato per motivo di dolo o di frode, senza pregiudizio di ciocchè abbiain detto sul caso in cui vi sia procedimento criminale; e su quello eziandio in cui chi lo ha pre-

stato occultò documenti del suo avversario, nel qual caso puossi produrre ricorso per ritrattazione contra la sentenza, ciocchè in modo indiretto annullerà il giuramento.

Egli è vero che il dolo personale è puranche un caso di ricorso per ritrattazione (art. 480 — 1.^o c. pr. = 544 — 1.^o ll. pr. civ.), e colui che scientemente presta un falso giuramento commette talmente un dolo, che quest'azione è un misfatto secondo il Codice penale; ma la legge non permette di farne la pruova in linea civile; mentre che quando la sentenza sia stata profferita per non aver la parte condannata prodotto documenti decisivi che furono ritenuti dal suo avversario, la legge permette la pruova di questo fatto, poichè ne forma un caso di ricorso per ritrattazione, senza che distingua a tal riguardo tra le sentenze profferite sopra giuramento decisorio e le altre.

ART. VIII.

Tra quali persone e sopra quali cose il giuramento prestato o riferito produca il suo effetto.

602. Al pari che l'autorità della cosa giudicata e le convenzioni non hanno effetto che tra le parti, loro eredi, e coloro che han causa da essi; in simil modo il giuramento prestato o rimesso non forma pruova che a vantaggio di colui che lo ha prestato o al quale è stato rimesso e de'suoi eredi e aventi causa; art. 1365 c. c. = 1319 ll. cc.

Ed il rifiuto di prestare il giuramento legalmente deferito o riferito, e che non sia stato rimesso, non fa pruova puranche se non contra colui che ha rifiutato di prestarlo, suoi eredi e coloro che han causa da lui; *ibid.*

603. Per una derogazione alle regole del dritto romano, e di cui innanzi facemmo parola, tomo XI, n.º 174, il giuramento deferito da uno de' creditori solidali al debitore non lo libera se non per la parte dovuta a questo creditore; *ibid.*

Ma il giuramento deferito dal debitore ad uno de' creditori gioverebbe agli altri, poichè la prescrizione interrotta da uno di essi si reputa interrotta a vantaggio di tutti; art. 1199 c. c. = 1152 ll. cc. Or il giuramento è in essenzial modo un atto conservatorio: è una dichiarazione del debito da parte del debitore.

604. Il giuramento deferito al debitore principale libera ugualmente i fideiussori (art. 1365 c. c. = 1319 ll. cc.); tranne purtuttavia se lo sia stato soltanto sopra un'eccezione meramente personale al debitore, come nel caso di minore età, sulla questione se abbia fatto oppur no un buon impiego del danaro a lui mutuato; nel qual caso il giuramento non gioverebbe ai fideiussori; art. 2012 e 2036 c. c. = 1884 e 1908 ll. cc.

Ma in senso inverso il giuramento deferito al debitore principale, o il costui rifiuto di prestarlo, non sarebbe obbligatorio pel fideiussore.

Quello deferito al fideiussore sul fatto medesimo

del debito, giova al debitore principale; ma se non lo sia stato che sul fatto della fideiussione, o sopra qualche eccezione personale al fideiussore, non giova al debitore; medesimo art. 1365.

Convien dire lo stesso, e colla medesima distinzione, del giuramento prestato da uno de' confideiussori rispetto al debitore principale ed agli altri confideiussori.

E si comprende che il giuramento deferito dal fideiussore o da uno de' confideiussori al creditore, o il rifiuto di questo fideiussore o di questo confideiussore di prestar quello a lui deferito, non può nuocere sia al debitore principale, sia ai confideiussori, se non abbiano essi dato a tal uopo facoltà speciale.

605. Il giuramento deferito ad uno de' debitori solidali giova puranche ai condebitori, se siasi deferito sul debito; ma se lo sia stato sul fatto della solidalità, o sopra un'eccezione personale a tal debitore, non giova ad essi; *ibid.*

Ma in senso inverso il giuramento deferito da uno de' debitori solidali al creditore, o il rifiuto di prestar quello a lui da quest'ultimo deferito, non può pregiudicare ai condebitori (1).

606. E siccome uno fra molti creditori di un'obbligazione indivisibile non può da se solo fare remissione se non per la sua parte; che se abbia ri-

(1) Voet *ad Pandectas*, tit. *de jurejur.*, n.º 22.

V. del resto sopra tai punti quanto fu innanzi da noi detto sull'effetto delle sentenze, n.º 517, e seguenti.

messo egli solo tutto il debito, gli altri possono ancora domandare la cosa indivisibile, col peso tuttavia di tener conto della porzione di colui che ha fatto la rimessione (art. 1224 c. c. = 1177 ll. cc.); del pari deve si dire che il giuramento deferito da uno di essi non nuoce agli altri, ed in conseguenza che possono ancora domandare l'esecuzione dell' obbligazione indivisibile: tuttavia tenendo conto al debitore della porzione di colui che ha deferito il giuramento o negato di prestarlo, come nel caso di un credito solidale a vantaggio di molti; giacchè dev' esser considerato come se avesse fatto rimessione della sua. Ma se egli abbia prestato il giuramento, ha conservato il dritto di tutti, come lo avrebbe fatto un creditore solidale interrompendo la prescrizione.

607. Il giuramento deferito ad uno degli eredi del debitore medesimo di una cosa indivisibile, o il suo rifiuto di prestarlo, non nuoce ai suoi coeredi; ed avvien lo stesso se il debito sia stato contratto da molti, poichè, come lo abbiamo detto, non nuoce loro anche nel caso di solidalità.

E per effetto delle medesime regole, quello prestato da uno degli eredi del debitore non giova ai suoi coeredi.

Debbesi pure dir lo stesso quantunque il debito fosse indivisibile. Se avvien diversamente nel caso del giuramento prestato da uno de' condebitori solidali, allorchè non sia stato deferito sul fatto della solidalità, o di una eccezione ineramente per-

sonale, ma sul fatto del debito medesimo, è perchè nelle obbligazioni solidali ciascuno de' debitori deve l'intero debito per la natura medesima dell'obbligazione, in modo che tuttavolta il pagamento fatto da uno di essi libera gli altri; ma nelle obbligazioni semplicemente indivisibili ciascuno dei debitori non deve in sostanza che la sua parte, ed egli non dovrebbe pagare che ciò, se la cosa fosse capace di parti: per cui quando l'obbligazione si converte in danni ed interessi, non ne deve se non la sua porzione. Or il giuramento lo libera da ciò che egli deve, ma non libera gli altri. Tuttavolta il creditore dovrà tener conto a questi ultimi della porzione di colui al quale ha deferito il giuramento nel valore del dritto, secondo ciò che verrà stimata, per argomento dell'art. 1224 c. c. = 1177 ff. cc., il quale suppone siffatta estimazione in un caso puranche di obbligazione indivisibile.

608. Il giuramento, come l'autorità della cosa giudicata, come la transazione alla quale vien sì spesso assimilato, non fa pruova se non della cosa o del fatto sui quali è stato deferito, ed in nessun modo rispetto ad un'altra cosa, sebbene simile e derivante dalla medesima causa.

Quindi colui che ha prodotto una dimanda contra un erede per la parte di quest'ultimo, e che è rimasto succumbente per non aver voluto prestare il giuramento che gli è stato deferito o riferito da questo erede, può ancora produrre una simile dimanda contra il coerede e per la medesima cau-

sa ; dappoichè prescindendo che l' autorità della cosa giudicata ha luogo soltanto tra le parti , è vero il dire che ciocchè vien attualmente dimandato al coerede non è la stessa cosa dimandata al primo , e sulla quale è stato riferito il giuramento e non si è voluto prestare ; è soltanto una cosa simile , *et mutatio personarum , aliam atque aliam rem facit.*

E colui che possiede una cosa , ed al quale si è deferito il giuramento perchè dovesse giurare che essa non apparteneva all' attore , non ha con ciò soltanto giurato di appartenere a sè stesso : in conseguenza finchè la possederà potrà difendersi contra colui che gli ha deferito il giuramento , e che volesse rivendicarla di nuovo ; ma se perda il possesso , e la cosa pervenga in potere di colui che gli ha precedentemente deferito il giuramento , non potrà trarre argomento da tale giuramento per far-sela restituire. Imperocchè dal motivo che non apparteneva al suo avversario allorchè costui gli deferì il giuramento , non segue che appartenga a sè medesimo : or bisognerebbe nondimeno che appartenesse a lui attualmente affinchè potesse rivendicarla , non essendo accordata la rivendicazione che al proprietario. Non sarebbe così se il giuramento gli fosse stato deferito sul punto se la cosa appartenesse a lui ; e l'avesse prestato in questi termini ; l. 11 , *princip.* , ff. *hoc tit.*

Vieppiù il giuramento prestato o che si è rifiutato di prestare in possessorio non ha alcun effetto in

Tit. III. De' contratti o delle obblig. conv. 641
petitorio, poichè il possesso ed il dritto di proprietà, o di servitù, sono cose interamente distinte.

§ II.^o

Del giuramento deferito di ufficio.

SOMMARIO.

609. Quale sia il giuramento deferito di ufficio dal giudice, comunemente chiamato suppletorio.

610. Leggi romane donde fu desunto l'uso di tal giuramento.

611. Condizioni generali richieste da queste leggi perchè il giudice debba deferirlo.

612. Confermate dall' art. 1367 c. c.; testo dell' articolo.

613. Questo giuramento differisce molto, nel suo principio e nei suoi effetti, da quello che una delle parti può deferire all'altra per farne dipendere la decisione della causa.

614. Continuazione.

615. Il giuramento deferito di ufficio non può essere referito all'altra parte, ma questa può ancora deferire il giuramento decisorio, e l'effetto non sarebbe lo stesso.

616. A quale delle due parti deve mai il giudice deferire il giuramento?

617. Continuazione e distinzione.

618. Continuazione.

619. Continuazione circa ai libri de' negozianti tra costoro.

620. I libri de' negozianti, regolarmente tenuti, possono autorizzare il giudice a deferire al negoziante che gode una buona reputazione, il giuramento sulle somministrazioni fatte alle persone non negozianti.

621. I libri delle persone non negozianti non hanno questo effetto contra i terzi.

622. E le lettere di cambio ed i biglietti ad ordine, prescritti con cinque anni, neppure autorizzano il magistrato a deferire il giuramento, anche ai traenti; puossi deferire soltanto il giuramento decisorio.

623. Opinione di Pothier in riguardo al giuramento deferito di ufficio, la quale non potrebbe presentemente ammettersi.

642 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

624. *Del giuramento sul valore della cosa dimandata; esso deriva ancora dal dritto romano: in quai casi solamente debb' essere deferito.*

625. *Debb' esserlo all' attore.*

626. *Il giudice deve precedentemente determinare una somma, sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento.*

627. *Non conosciamo nel nostro dritto il juramentum affectionis.*

628. *Ma il giudice determinando la somma, deve prendere in considerazione il danno effettivo sofferto dall'attore.*

609. Il giuramento deferito di ufficio è quello che il giudice medesimo può deferire ad una delle parti, o per farne dipendere la decisione della causa, o soltanto per determinare il valore della condanna; art. 1366 c. c. = 1320 ll. cc.

Tratteremo separatamente di ciascuna specie.

ART. I.^o

Del giuramento deferito di ufficio per farne dipendere la decisione della causa.

610. Il principio o l'origine di questo giuramento si trova nella legge 31, ff. *de jurejurando*, in cui vien detto: *Solent judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juraverit*; e nella legge 3, Cod. *de rebus credit. et de jurej.*, la quale dice puranche: *In bonæ fidei contractibus, nec non in cæteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando, causa cognita, rem decidi oportet.*

611. Risulta da siffatti testi che per potere il

giudice in debito modo deferire il giuramento ad una delle parti onde farne dipendere la decisione della causa, è d' uopo del concorso delle tre seguenti circostanze (1); altrimenti deve o aggiudicare o rigettare puramente e semplicemente la dimanda:

1.^o Che la dimanda o l' eccezione non sia pienamente provata: ciò appunto voglion dire le parole *inopia probationum*, le quali non indicano una mancanza assoluta di pruove in sostegno della dimanda o dell' eccezione, ma pruove incomplete; il che rende la causa dubbiosa, *in dubiis causis*.

2.^o Che la dimanda o l' eccezione non sia interamente sfornita di pruove: è questo il senso delle parole *in dubiis causis*, cioè nelle cause dubbiose, *in quibus causis judex est dubius et anceps, ob minus plenas probationes allatas*.

3.^o Finalmente che il giudice non deferisce il giuramento nel principio della causa, ma dopo un precedente esame delle pruove fatte da una parte e dall' altra, *causa cognita*, a fin di estimare se convenga deferirlo, ed a quale delle due parti.

612. Questa dottrina è generalmente sancita dal Codice nell' art. 1367 c. c. = 1321 ll. cc. così conceputo:

« Il giudice non può deferire di ufficio il giuramento, sia sulla dimanda dell' attore, sia sulla

(1) *V. Vinnio Selectæ quest., lib. 1, quest. 44; e Molineo sulla l. 3, Cod. de rebus credit. et de jurejur.*

« eccezione opposta, se non colle seguenti due condizioni ; bisogna :

« 1.^o Che la dimanda o l'eccezione non sia pienamente provata ;

« 2.^o Che le medesime non sieno totalmente mancanti di pruova.

« Fuori di questi due casi, il giudice deve ammettere o rigettare puramente e semplicemente la dimanda.

613. Questo giuramento, come si scorge, differisce molto nel suo principio da quello che una delle parti può deferire all'altra, poichè quest'ultimo può deferirsi quantunque non vi sia alcun principio di pruova della dimanda o dell'eccezione sulla quale vien chiesto (art. 1360 c. c. = 1314 ll. cc.) ; ed assai ne differisce eziandio ne' suoi effetti.

Così, nel caso del giuramento decisorio, la scoperta di documenti, anche decisivi, non impedirebbe che avesse tutto il suo effetto, senza che si potesse anche appellare dalla sentenza profferita analogamente ; salvo il caso in cui i documenti non fossero stati presentati dall'avversario, nel qual caso, come lo abbiain detto, vi sarebbe luogo a ricorso per ritrattazione, se la sentenza fosse stata profferita in ultima istanza, o si trovasse passata in cosa giudicata al tempo della scoperta de' documenti, ed all'appellazione, se si fosse ancora nel termine; finalmente alla rescissione del giuramento medesimo, se la sentenza non fosse ancora profferita.

Mentre che nel caso del giuramento deferito di

ufficio, se la parte, al cui avversario è stato deferito, venga a scoprire documenti capaci di rischiare la giustizia del magistrato, quantunque non occultati dapprima dall'altra parte, e la sentenza non sia stata ancora profferita, il giudice può non avere alcun riguardo a tale giuramento. Se i documenti sieno stati scoperti sol dopo una sentenza profferita in prima istanza, e siasi ancora nel termine dell'appello, la parte condannata può appellarne e farla riformare. Il giudice di appello può anche deferire il giuramento all'appellante, come ben lo dice Pothier in modo generale; giacchè tal giuramento non è *decisorio*; non è che un semplice mezzo d'istruzione, al quale il magistrato superiore non è obbligato di attenersi, se la sentenza profferita secondo questo giuramento gli sembri avere le caratteristiche di un *mal giudicato*. Non competerebbe senza dubbio il ricorso per cassazione, poichè nessuna legge sarebbe stata violata; ma si darebbe luogo all'appellazione come da una sentenza profferita sopra una pruova testimoniale, o sopra semplici presunzioni del numero di quelle che son rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato.

614. Ma in tale ipotesi di documenti nuovi che non sono stati occultati per fatto dell'avversario, se la sentenza fosse stata profferita in ultima istanza, o se al momento della scoperta de' documenti si trovasse trascorso il termine per appellare, non vi sarebbe alcun mezzo per farla riformare, neanche il ricorso per ritrattazione. Non potrebbesi dire per

sostenere che esista, che il dolo personale vi dà anche luogo, giusta l'art. 480 — 1 c. pr. = 545 — 1 *ll. pr. civ.*, e che avvi dolo personale in colui che ha prestato un falso giuramento. In prima non sarebbe impossibile che il giuramento si fosse prestato in buona fede. In secondo luogo, supponendo che lo sia stato in mala fede, la pruova non è ammissibile in linea civile. Egli è vero che l'art. 1563 c. c. = 1317 *ll. cc.*, il quale così dispone, è messo sotto il paragrafo che tratta del giuramento deferito da una delle parti all'altra, mentre che noi ragioniamo sul caso in cui sia stato deferito dal giudice; ma siffatta circostanza debb'essere indifferente rispetto alla quistione che ci occupa. Imperocchè se l'allegazione del falso giuramento prestato fosse l'allegazione del dolo personale nel senso della legge sul ricorso per ritrattazione, il medesimo dovrebbe aver luogo anche nel caso del giuramento decisorio, quantunque i documenti scoperti dopo la sentenza non fossero stati occultati da colui che lo ha prestato, poichè non ne dimostrerebbero meno la falsità: or una tale pretensione non potrebbe sostenersi a fronte dell'art. 1563. E se risolviamo il contrario nel caso in cui i documenti non sieno stati presentati da colui che ha prestato il giuramento, avvien perchè la non presentazione di tai documenti è un caso speciale di ricorso per ritrattazione. Non impugniamo già la sentenza per ragione del giuramento, ma l'impugniamo per ragion del fatto della non presentazione de' documenti per opera

della parte, poco importa che abbia oppur no prestato giuramento: noi non abbiamo *transatto* col giuramento sopra questo medesimo fatto, che allora non era noto ad una delle parti.

Nulladimeno il dritto romano, il quale neanche ammetteva che la scoperta de' documenti, quantunque decisivi, fosse una causa di rescissione del giuramento deferito da una delle parti all' altra, risolveva il contrario rispetto al giuramento deferito dal giudice. La l. 31, ff. *de jurejurando, ec.*, formalmente lo dichiara in tal modo. Ma è evidente che il motivo legale della rescissione del giuramento deferito dal giudice, non è la sola considerazione del dolo, poichè il dolo sussiste in un caso del pari che nell'altro, e poichè se nel giuramento decisorio avvi transazione (*per jusjurandum transactum videtur*), le transazioni possono rescindersi per causa di dolo. Questa legge così lo risolve perchè il giudice non deferì il giuramento che *inopia probationum*, come in qualche modo costretto dalle circostanze della causa. Ma nel nostro dritto, profferita la sentenza, sia pur qualunque il motivo che l' ha fatta pronunziare, non appartiene ai tribunali d'impedirne l'effetto finchè sussiste. Può, a parer nostro, essere rievocata col ricorso per ritrattazione; ma bisogna a tal uopo che siasi in uno de' casi preveduti dalla legge: or dicendo la legge che la scoperta di documenti decisivi non prodotti per fatto dell'avversario è un motivo di ricorso per ritrattazione, fa chiaramente comprendere di non

essere così qualora questi documenti non sieno stati occultati per suo fatto. E se ne' motivi che dan luogo al ricorso per causa di dolo personale si dovesse comprendere l'allegazione del falso giuramento prestato, ciò avrebbe dovuto essere, come opinava Voet, tanto nel caso del giuramento decisorio, che in quello del giuramento deferito dal giudice, sia che i documenti recentemente scoperti non fossero stati prodotti per fatto di chi ha prestato il giuramento, sia che non fossero stati prodotti per fatto suo; e nondimeno è certo che se è ammesso il ricorso per ritrattazione nel caso del giuramento decisorio, ciò non può avvenire se non quando chi lo ha falsamente prestato non produceva allora documenti decisivi che appartenevano al suo avversario.

615. Un'altra differenza tra il giuramento deferito da una delle parti al suo avversario, e quello che vien deferito dal giudice, è che in quest'ultimo colui al quale è stato deferito non può riferirlo all'altra parte; art. 1368 c. c. = 1322 ll. cc. La ragione che ne adduceva Pothier, è che per potersi *riferire* il giuramento a taluno è d'uopo che l'abbia egli *deferito*, essendo la parola *riferire* correlativa di quella *deferire*.

Ma qui non si tratta se non del giuramento suppletorio: la parte cui fu deferito potrebbe, a creder nostro, *deferire* il giuramento decisorio al suo avversario, poichè tale giuramento può deferirsi in qualunque stato si trovi la causa; e non sarebbe *riferire* il giuramento deferito dal giudice. Le dif-

ferenze negli effetti dell'uno e dell'altro giuramento sono altronde assai importanti perchè non si dovesse scorgere in tale espediente un mezzo da eludere l'art. 1358 c. c. = 1312 ll. cc. ; giacchè in un caso la causa vien *decisa*, e nell' altro non lo è definitivamente (1).

616. Gli autori stabiliscono come regola generale che il giudice debba deferire il giuramento a quella parte, nella cui buona fede ha più fiducia, ed è questa pure una ragione assegnata da taluni fra essi a fin di giustificare questa regola, che il giuramento deferito di ufficio non può essere riferito; ma, a creder nostro, non è molto buona.

Checchè ne sia, dicendo l'art. 1367 c. c. = 1321 ll. cc. che questo giuramento può essere deferito o sulla dimanda, o sull' eccezione che vi è opposta, puossi stabilire eziandio come regola generale, che debba deferirsi in preferenza all'attore, se venga deferito sulla dimanda; ed al convenuto, se lo sia sull' eccezione.

617. Tuttavolta siccome non vien deferito se non quando la dimanda o l' eccezione non sieno interamente provate, nè totalmente sfornite di pruova, e che quindi contrabilanciandosi si riducano o possano ridurre ad una forza uguale, ed in tal modo neutralizzarsi l' una coll' altra, al pari che in fisica le forze uguali si mantengono in equilibrio, e si annientano così reciprocamente; se ciò avvenga,

(1) *V. infra* n. 623.

non è il caso, secondo noi, di deferire il giuramento di ufficio, ma di rigettare puramente e semplicemente la dimanda.

Così, Paolo produce domanda contro di me per lo pagamento di una somma di 150 fr. che dice di avermi prestato il tale giorno, nella tale circostanza; io nego il prestito: egli dimanda di provarlo con testimoni, ed ammesso alla pruova testimoniale, fa esaminare due persone che depongono in fatti aver veduto Paolo in quello stesso giorno prestarmi i 150 fr. Ma dal mio canto io fo udire due testimoni i quali depongono che taluni giorni dopo quello in cui avesse avuto luogo il preteso prestito, Paolo mi ha detto in loro presenza in un discorso in cui gli domandai perchè non aveva voluto prestarmi 150 fr. nel tale giorno, che se non me gli avea prestati fu perchè non li possedeva; ed i miei testimoni sono degni di fede del pari che coloro i quali deposero in suo favore, ed in ugual numero, e le loro deposizioni si riferiscono perfettamente al preteso prestito in quistione. Essendo di ugual forza queste diverse testimonianze, ci sembrano neutralizzarsi interamente, e ciò posto, la dimanda ci sembra interamente sfornita di pruova, come se non ve ne fosse nè da una parte nè dall'altra. A parer nostro, in simil caso il giudice non deve deferire il giuramento, anche al convenuto; deve puramente e semplicemente liberarlo dalla dimanda, salvo all'attore il deferire egli stesso il giuramento decisorio, come ne ha il dritto in qua-

lunque stato si trovi la causa, sebbene la sua dimanda non poggi sopra alcuna pruova che non sia neutralizzata da una pruova contraria di ugual forza. Se il giudice diversamente procedesse, la sua sentenza dovrebbe essere riformata in grado di appello; ma sarebbe difficile che lo fosse in cassazione, attesochè ha un potere discrezionale per estimare il valore rispettivo delle pruove.

Quindi fu giudicato con arresto di rigetto, citato nel Repertorio di Merlin, v. *giuramento*, che il tribunale avea potuto, senza contravvenire agli art. 1541, 1555, 1567 e 1568 c. c. = 1295, 1307, 1321 e 1322 ll. cc., aver riguardo alle dichiarazioni fatte dalle parti medesime all'udienza, e deferire il giuramento all'attore, per assicurare maggiormente la sincerità delle proprie. Nella specie si trattava della dimanda del prezzo di un cavallo, che l'attore pretendeva aver venduto 500 fr., e che il convenuto sosteneva essergli stato semplicemente prestato. Da ambedue le parti non vi erano che semplici deduzioni; la sentenza non indicava alcuna confessione dalla quale avrebbesi potuto far risultare un principio di pruova. E per questa ragione il convenuto diceva nel suo ricorso che malamente il tribunale avea basata la facoltà di deferire il giuramento all'attore, sopra semplici presunzioni che non erano ammessibili, attesochè nella specie la pruova testimoniale non lo era. Secondo la nostra opinione, la sentenza era mal proferita; ma siccome il tribunale avea dichiarato *nel fatto* che la dimanda

non era assolutamente sfornita di pruova, il ricorso dovette essere rigettato, senza che tuttavia se ne possa nulla conchiudere riguardo alla quistione che ci occupa.

Del resto la nostra opinione cessa di essere applicabile allorchè le pruove, senza essere complete da entrambe le parti, non sieno tuttavia uguali, tanto per motivo della differenza nel numero de' testimoni, quanto a cagione della gravezza della costoro testimonianza; ed in tal caso il giudice dovrebbe generalmente deferire il giuramento a quella delle due parti che avesse le pruove più forti, poichè trattasi di un giuramento *suppletorio*. Dovrebbe diversamente agire sol quando particolari ragioni lo inducessero ad avere maggior fiducia nell'altra parte.

618. Se la pruova non venga fatta che da un solo testimone, si è ben di accordo, anche presentemente (1), che quest' unica testimonianza in generale non basta a determinare il giudice a scorgervi una pruova completa, ma che neppure è priva di una certa forza; che avvi luogo al giuramento di ufficio, se il giudice crede di doverlo deferire. In tal caso devesi in generale deferire il giuramento a colui a favore del quale è la deposizione. E ciocchè diciamo di una testimonianza unica, puossi applicare eziandio a molte testimonianze le quali lascino dubbio nell' animo del giudice, poichè secondo la dottrina da noi esposta sulle pruove testimoniali, i tri-

(1) V. quanto fu detto di sopra, n.º 599 e seguenti.

bunali presentemente hanno un potere discrezionale per estimare il valore della deposizione de' testimoni, qualunque sia il loro numero. Viemaggiormente debb'essere così allorchè le testimonianze sieno contrarie, senza essere tuttavia di forza uguale; giacchè se lo fossero, il giudice, a creder nostro, dovrebbe rigettare puramente e semplicemente la dimanda.

619. Ai termini dell' art. 17 c. com. = 23 ll. ecc. com., se la parte, ai cui libri si offre di prestar fede dall' altra, ricusa di presentarli, il giudice può deferire il giuramento a colui che ne ha richiesta la esibizione; ciocchè prova di non aver egli sempre la scelta di deferirlo indistintamente all' una o all' altra parte.

620. Ed a tenore dell' art. 1329 c. c. = 1283 ll. cc., i registri de' mercanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate, contra quei che non sono mercanti, ma questo articolo soggiunge: *salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento*; cioè, come lo abbiain detto più innanzi, che il giudice può scorgere nei registri un principio di pruova bastante per autorizzarlo a deferire il giuramento in conformità dell' art. 1367 c. c. = 1321 ll. cc., poichè altrimenti applicando queste parole al giuramento decisorio, non avrebbero alcun senso, potendo benissimo deferirsi il giuramento decisorio senza i registri. Ed in tal caso il giuramento deve in generale deferirsi al negoziante, attesochè avvi controversia sulla *dimanda*, e questa dimanda appunto non è nè interamente provata,

654 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

nè totalmente sfornita di pruova. Del resto è d'uopo che il negoziante goda una buona reputazione, che i suoi registri sieno regolarmente tenuti, e che la somministrazione sia verisimile. E se la controversia si elevasse sul pagamento, il giuramento nello spirito dell' art. 1367 c. c. = 1321 ll. cc., in generale dovrebbe deferire al convenuto, la cui eccezione del resto non fosse nè interamente provata, nè totalmente sfornita di pruova.

621. Circa ai libri e carte domestiche di persone non commercianti, siccome non formano un titolo per colui che gli ha scritti (art. 1531 c. c. = 1285 ll. cc.), il giudice non deve avere alcun riguardo a quelli di un attore per restituzione di prestito o di deposito, ad effetto di potergli deferire il giuramento di ufficio. In tal caso è vero il dire che la dimanda sia totalmente sfornita di pruova: or in siffatta ipotesi, il succitato art. 1367 richiede che il giudice rigetti puramente e semplicemente la dimanda (1).

622. Ed i biglietti ad ordine e le lettere di cambio, prescritte con cinque anni, giusta l' art. 189 c. com. = 195 ll. ecc. com., neppure possono autorizzare i tribunali a deferire il giuramento di ufficio, anche al convenuto; avvi luogo soltanto al giuramento decisorio.

625. Pothier sostiene che quando anche la pruova della dimanda fosse completa, se il giudice defe-

(1) V. in tal senso l'arresto di cassazione del 2 maggio 1810, nel Repertorio di Merlin, v. *giuramento*.

risce il giuramento all'attore, costui deve prestarlo, e che se non lo presti e sia condannato, non dovrà essere ammesso ad appellare dalla sentenza. « Imperocchè, dice questo autore, sebbene il giuramento dice avesse potuto *ed anche dovuto*, sembrando completa la pruova, fargli vincere la causa, senza richiedere il suo giuramento, non gli ha tutta volta fatto torto richiedendolo, poichè nulla costa alla parte lo affermare ciò che sa di esser vero: il di lei rifiuto di affermare con giuramento tal fatto attenua e diminuisce la pruova da lui presentata. »

Il Codice dispone diversamente nella ipotesi presentata da Pothier, di una dimanda la cui pruova fosse completa. In tal caso il giudice *deve*, ai termini dell' art. 1367 c. c. = 1321 ll. cc., far dritto alle conclusioni dell'attore; e se non lo facesse, gli arrecherebbe un *torto*, poichè effettivamente gli negherebbe giustizia. In quanto a ciocchè dice Pothier, che la parte non può dolersi che il giudice le dimandi la sua affermazione con giuramento sopra un fatto che sa di esser vero, non è ciò interamente esatto; imperocchè, secondo lo stesso Pothier, vi sono molte persone le quali, per motivi di religione, temono singolarmente di giurare. E se questa considerazione non c'impedisce di credere che il giuramento decisorio possa in generale (1) deferirsi anche a colui che ha completato

(1) Diciamo *in generale*, perchè, giusta quanto è stato da noi più sopra osservato, se non vi sia un atto autentico, nel quale il notaro

la sua pruova, egli è perchè la legge dice che può deferirsi in qualunque stato si trovi la causa, ancorchè non esista alcun principio di pruova della domanda, o dell' *eccezione*, e perchè inoltre gli effetti di questi due giuramenti sono differenti. In fatto dacchè ho prestato il giuramento deferitomi dal mio avversario, la mia causa è definitivamente vinta: non debbo temere l'appellazione ch'ei credesse dover interporre: tale appellazione sarebbe rigettata. Mentrechè il giuramento deferito dal giudice non impedisce a chi è stato condannato di appellare dalla sentenza.

Tanto ci viene insegnato dallo stesso Pothier: dice egli con ragione che il giudice di appello può riformare la sentenza se gli sembri contenere un *mal giudicato*, ed a quest'uopo deferire il giuramento all'altra parte, se creda che la controversia debba più presto decidersi sul costei giuramento. Ciò, egli soggiunge, si vede ogni giorno.

Questa notabile differenza negli effetti dell'uno e l'altro giuramento non permette dunque di dire con quell'autore che nel caso in cui la pruova dell'attore sia completa, se il giudice gli deferisca il giuramento, ed il suo rifiuto di prestarlo lo faccia condannare, la sua appellazione debb'essere dichiarata inammissibile, come se ce lo avesse deferito l'altra parte. Siffatta dottrina non potrebbe soste-

abbia attestato il fatto come avvenuto sotto i suoi occhi, non deve deferirsi il giuramento al possessore di quest'atto su tal medesimo fatto.

Tit. III. *De' contratti e delle obblig. conv.* 657
nersi a fronte del nostro art. 1367 c. c. = 1321
ll. cc., il quale richiede che in simil caso il giudice ammetta puramente e semplicemente la domanda, e dichiara per la stessa ragione che il giudice il quale non ha agito in tal modo porge un mezzo di appello a questo attore.

ART. II.

Del giuramento deferito dal giudice sul valore della cosa domandata.

624. Questo giuramento, che nel dritto romano chiamavasi *juramentum in litem*, non deve deferirsi dal giudice se non quando sia altronde impossibile di comprovare altrimenti il valore della cosa domandata (art. 1369 c. c. = 1323 ll. cc.): come sarebbe il caso di un cavallo promesso, e che sia perito per colpa di colui che lo aveva preso in prestito, o di un deposito di cose sigillate, e che siensi perdute per colpa del depositario; ec. ec.

625. Il giuramento devesi deferire all'attore; l'articolo lo dice: « il giudice non può deferire
« all'attore il giuramento sul valore della cosa do-
« mandata, se non quando sia impossibile di com-
« provarlo altrimenti. »

626. Il giudice deve puranche in tal caso determinare la somma, sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento; *ibid.*

Ed a quest'oggetto egli deve prendere in considerazione la qualità della persona e le circostanze del fatto. Per esempio, se un individuo reclama da un ostiere i danni ed interessi per la perdita della sua valigia, e la somma da lui domandata sembri esorbitante per ragione del suo stato e delle circostanze del fatto, le quali facciano ragionevolmente dubitare che vi fossero nella valigia effetti pel valore da lui preteso, il giudice prendendo in considerazione queste diverse circostanze, determinerà una somma sino alla concorrente quantità della quale soltanto si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento. Determinando la somma, il giudice deve anche esser in generale più riservato allorchè il convenuto non ha commesso nè frode nè colpa grave, ma soltanto qualche leggiera imprudenza, o una semplice negligenza, oppure allorchè sia citato in giudizio per la colpa di qualche persona di cui è civilmente responsabile.

627. Noi non conosciamo nel nostro dritto il giuramento che gl'interpreti del dritto romano chiamano *juramentum affectionis*; non conosciamo a tal riguardo che il giuramento sul valore effettivo della cosa dimandata: *juramentum veritatis*.

Il giudice deferiva il primo all'attore allorchè eravi stato dolo da parte del convenuto, o colpa grave, la quale nei contratti veniva assimilata al dolo: *magna culpa dolo æquiparatur* (1); ed in

(1) *Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est*; l. 226, ff. de verb. signif.

Tit. III. *De' contratti o delle obblig. conv.* 659

taì casi , indipendentemente dal valore della cosa, l'attore poteva farsi pagare il prezzo della particolare affezione che aveva per essa. Di questo giuramento appunto si tratta nelle leggi 64, ff. *de judiciis*, e l. 1, ff. *de in litem jurejurando*. L'altro giuramento veniva deferito nei casi in cui il convenuto non avea commesso nè dolo nè colpa grave. Ed anche nella prima ipotesi, il magistrato determinava pure una somma fin dove potesse giungere il prezzo di affezione, *ne juraret in inmensum petitor*.

628. Ma oltre l'effettivo valore della cosa, appresso noi si dovrebbe puranche prendere in considerazione il danno cagionato all'attore dalla perdita di essa. Nel caso in fatti in cui la cosa determinata che formava l'oggetto di un' obbligazione solidale sia perita per colpa di uno de' debitori, o dopo d'essere stato egli posto in mora, l'art. 1205 c. c. = 1158 ll. cc. suppone che possano esser dovuti al creditore i danni ed interessi, indipendentemente dal valore della cosa, perchè in realtà i danni ed interessi si compongono in generale della perdita che taluno ha fatto, e del guadagno di cui è stato privato; art. 1149 c. c. = 1103 ll. cc. Il giudice determinando una somma sino alla concorrente quantità della quale potrà prestarsi fede all'attore sopra il suo giuramento, dovrà dunque prendere puranche in considerazione il danno che la privazione della cosa potette, a motivo di qualche particolare circostanza, cagionare all'attore, in-

660 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
dipendentemente dal valore effettivo che avesse l'oggetto dimandato: ma non deve avere alcun riguardo al preteso prezzo di affezione.

FINE DEL TITOLO DE' CONTRATTI E DELLE OBBLIGAZIONI
CONVENZIONALI IN GENERALE.

—*—

TITOLO IV.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE SI CONTRAGGONO SENZA CONVENZIONE.

SOMMARIO.

629. *Fonti generali delle obbligazioni che si formano senza convenzione.*

629. Dopo aver indicato le regole riguardanti i contratti e le obbligazioni convenzionali in generale, i compilatori del Codice trattano delle obbligazioni che si formano senza convenzione, nè da parte di chi si obbliga, nè da parte di colui verso il quale si è egli obbligato.

« Di queste obbligazioni, dice l'art. 1370 c. c. « = 1324 ll. cc., le une risultano dalla sola autorità della legge, le altre derivano da un fatto personale a colui che resta obbligato.

« Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle tra proprietari vicini, o quelle de' tutori o degli altri amministratori, i quali non possono recusare le funzioni che loro vengono conferite.

« Le obbligazioni che nascono da un fatto personale a colui che resta obbligato, risultano o da quasi contratti, o da delitti o quasi delitti. »

Tuttavia il quasi contratto di amministrazione di affari, di cui pria di ogni altro parleremo, obbliga

non solo chi ha amministrato il negozio di un altro, ma obbliga eziandio quest' ultimo, quantunque non vi sia alcun fatto personale da sua parte nell' amministrazione.

E nei delitti e quasi delitti ciascuno è non solo obbligato per ragion del suo fatto personale, ma ancora per ragione del fatto delle persone di cui è responsabile.

CAPITOLO PRIMO

DE' QUASI CONTRATTI.

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO.

630. *Definizione de' quasi contratti secondo il Codice, ma incompleta.*

631. *Il Codice qui non parla che di due quasi contratti; quello dell' amministrazione de' negozj altrui senza mandato, ed il pagamento indebitamente fatto.*

632. *Rimessione ad altre parti dell' opera, per ciò che riguarda le obbligazioni che nascono da altre cause che anticamente si consideravano puranche come quasi contratti.*

630. I quasi contratti, secondo l' art. 1371 c. c. = 1325 ll. cc., sono i fatti puramente volontarj dell' uomo, da' quali risulta un' obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta un' obbligazione reciproca delle due parti.

I fatti puramente volontarj dell' uomo, per distinguere i quasi contratti dai contratti, che non

sono considerati come *fatti* ma come convenzioni.

Ma per completare la definizione, conveniva aggiungere alla parola *fatti* la parola *leciti*, affin di distinguere i quasi contratti dai delitti e quasi delitti, che sono pure fatti volontarj dell' uomo, da cui risulta un' obbligazione verso qualcuno.

631. Il Codice in questo capitolo non parla se non di due quasi contratti: l' amministrazione degli altrui negozj senza mandato, ed il pagamento di una cosa non dovuta; mentrechè nelle antiche regole (1) risguardavansi puranche come quasi contratti l' amministrazione di una tutela, quella di una cosa comune senza società, l' accettazione di una eredità la quale obbligava l' erede verso i legatarj e verso i creditori, sebbene l' erede si reputi obbligato verso i creditori meno in virtù di un quasi contratto, che in virtù delle obbligazioni stesse del defunto.

632. Siccome abbiamo precedentemente spiegato ciocchè riguarda le obbligazioni che nascono dall' amministrazione della tutela, e quelle degli eredi verso i creditori ed i legatarj, non dobbiamo qui parlarne; e confonderemo l' amministrazione di una cosa comune senza società coll' amministrazione dei negozj altrui senza mandato.

Parleremo prima dell' amministrazione de' negozj, e quindi del pagamento fatto in indebito modo.

(1) V. le osservazioni da noi fatte nel tomo X, n.º 27, riguardo alla distinzione ammessa dal Codice, tra le obbligazioni de' tutori ed i quasi contratti.

SEZIONE PRIMA.

Dell' amministrazione de' negozj altrui senza mandato.

SOMMARIO.

655. *Divisione della materia.*

655. Conviene osservare a questo riguardo:

1.^o Che intendasi per quasi contratto di amministrazione di negozj, ed i motivi che fecero ammettere le obbligazioni che ne sorgono;

2.^o Le condizioni richieste perchè sussista questo quasi contratto;

3.^o Le obbligazioni che ne risultano.

§ I.^o

Che intendasi per quasi contratto di amministrazione di negozj, e motivi che fecero ammettere le obbligazioni che ne sorgono.

SOMMARIO.

654. *Definizione del quasi contratto di amministrazione di negozj.*

655. *Motivi delle obbligazioni che ne sorgono.*

656. *Continuazione.*

654. L' amministrazione di negozj propriamente detta, è un quasi contratto, per ragion del quale chi ha fatto l'altrui negozio, senza mandato da co-

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 665
stui parte, è tenuto a rendergli conto, e l'ha per obbligato al pagamento di quanto egli ha sborsato. Così richiede l'equità.

Diciamo *senza mandato*, perchè se vi fosse un mandato, sarebbe un contratto.

655. La ragione che fece ammettere nel dritto le obbligazioni derivanti da questo quasi contratto, è l'utilità delle persone le quali per qualche causa, e generalmente per quella dell'assenza, non possano invigilare alla conservazione de' loro beni, in tutto o in parte: *Hoc edictum necessarium est: quoniam magna utilitas absentium versatur ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem; vel injuria rem suam amittant; l. 1, ff. de negotiis gestis.*

E per analogia di motivi venne esteso l'editto a tutti i casi in cui fosse stato da un terzo amministrato il negozio di una persona, sia per ragione della infanzia o della demenza del proprietario, sia per qualche altra cagione.

656. Ma perchè taluno volesse incaricarsi di questa amministrazione, era d'uopo che fosse sicuro di trovare nelle leggi un mezzo da costringere il proprietario a restituirgli le somme spese per lui, se le avesse erogate, e se costui vi si negasse. Il fondamento di quest'azione è dunque la gran massima di equità che niuno deve arricchirsi a spese altrui. E siccome ciascuno vien riputato di volere ciò che può essergli vantaggioso, puossi dire puranche

666 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

di esservi nel proprietario i cui negozj sono stati bene amministrati, un tacito consenso perchè lo fossero; ma non essendo tale consenso se non supposto, non puossi dire che colui al quale appartiene il negozio sia tenuto in virtù di un contratto; lo è soltanto come lo sarebbe per un contratto; egli lo è *quasi ex contractu*.

Rispetto all' obbligazione del gestore di render conto della sua amministrazione, non ha essa bisogno di spiegazione.

Vediamo ora le condizioni richieste perchè vi sia luogo alle obbligazioni che derivano da questa specie di negozio.

§ II.º

Condizioni richieste affinchè vi sia quasi contratto di amministrazione di negozj.

S O M M A R I O.

637. Si richieggono tre principali condizioni perchè vi sia luogo alle azioni derivanti dal quasi contratto di amministrazione di affari.

638. Primieramente è necessario aver fatto il negozio altrui: conseguenza.

639. Ma chi ha fatto il negozio di un minore sotto tutela si reputa aver fatto puranche quello del tutore.

640. Altro caso.

641. E la ratifica che io do ad un atto per me eseguito; e che non mi riguardava, me lo rende proprio.

642. Viemaggiormente ancora nel caso in cui l'atto che non fu eseguito per me, e da me posteriormente ratificato, mi riguardasse effettivamente.

Tit. IV. Delle obbl. che si formano senza conv. 667

645. È d'uopo ancora che il negozio non sia stato fatto in virtù di un mandato del proprietario: differenza tra l'uno e l'altro caso.

644. Ma presentemente non avvi che semplice amministrazione di affari, quantunque il proprietario abbia conosciuto l'amministrazione.

645. Non avvi ugualmente che semplice amministrazione di negozj se essendosi dato un mandato, si trovasse nullo.

646. E per ciocchè siasi fatto oltre un mandato legale.

647. Altri casi analoghi.

648. Altri casi.

649. Altri casi.

650. Allorchè, a tenore del mandato di uno di coloro che sono interessati nel medesimo negozio, io l'ho fatto, ho contro di lui l'azione di mandato, e contra gli altri l'azione negotiorum gestorum.

651. Altri casi simili.

652. Se io mi son reso garante per voi in vece di un altro che avevate incaricato di ciò fare, e che aveva accettato, ho fatto il vostro affare ed il suo.

653. Quid allorchè taluno siasi ingerito nell'affare altrui, malgrado la costui opposizione: rimessione.

654. Chi ha fatto il negozio di un altro animo donandi non ha l'azione per ripetere le sue spese: diversi ssempj in occasione di alimenti somministrati.

655. Ma la presunzione non è che lo sieno stati animo donandi; ciò si deduce dalle circostanze.

656. Altri casi analoghi.

637. Possonsi ridurre a tre principali le condizioni richieste perchè vi sia quasi contratto di amministrazione di negozj:

È d'uopo di aver fatto l'altrui negozio;

Di averlo fatto senza costui mandato;

E di averlo fatto colla mira non solo di essergli utile, ma ancora di averlo per obbligato verso di sè, almeno ad effetto di avere un'azione contra di lui.

1.^a REGOLA: *È d'uopo di aver fatto l'altrui negozio.*

658. Da ciò emerge che se ho pagato un debito che credeva esser vostro, e che non lo era, ma era il mio o di un altro, o che punto non esisteva, non v'è tra noi alcuna obbligazione derivante dall'amministrazione dei negozj altrui; l. 23, ff. *de negotiis gestis*.

E se io abbia fatto come per voi solo, o come per me solo, un affare che ci era comune, ho l'azione *negotiorum gestorum*, e voi l'avete contra di me per la parte vostra nell'affare; l. 6, § 4, ff. *hoc tit.*

659. Ma si reputa che io abbia fatto il vostro negozio se ho fatto quello del vostro pupillo, poichè ne avevate voi l'incarico; *dicta lege 6, princip.* Avrei anche l'azione *negotiorum gestorum* contra il pupillo, sino alla concorrente quantità di ciò che effettivamente avesse profittato delle spese da me fatte, senza che occorra che io dimostri di averle fatte per riguardo suo personalmente; *ibid.*

640. Ho fatto eziandio il vostro negozio, se ho prestato una somma al vostro commessionato o al vostro mandatario, a vostra considerazione, affinchè potesse fare una cosa che vi riguardava; ed in conseguenza avrei contra di voi l'azione di amministrazione di affari; *dicta lege*, § 1.

Ma non avrei azione contra di lui, ammenochè

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 669
non avessi richiesto la sua personale obbligazione;
ibid. Ed in questo medesimo caso, avrei sempre
l'azione contra di voi, perchè egli non sarebbe
che un semplice fideiussore (*ibid.*); in modo pur-
tuttavolta che pagato da uno, sarebbe estinta la
mia azione contra l'altro.

641. E quando anche il negozio da me fatto a
vostro riflesso non vi riguardava da principio, se
di poi avete ratificato quanto è stato da me fatto,
ho l'azione contra di voi. Tal'è il caso in cui ho
ricevuto da Paolo una somma di cui si credeva egli
debitore verso di voi, ma che non vi doveva, ed
avete voi ratificato il pagamento. Con ciò vi siete
soggettato all'azione di ripetizione da Paolo; per cui
avete interesse e dritto che io vi renda conto di
ciocchè ho ricevuto per voi; medesima legge, § 9.

Viemaggiormente avete azione contra di me, se
Paolo era effettivamente vostro debitore; l. 9, Cod.
hoc tit.

642. E pel medesimo motivo quest'azione ha
luogo nel caso che il negozio fatto a riflesso di ta-
luno cui non riguardava in realtà, sia stato ratifi-
cato da colui al quale concerneva effettivamente. Per
esempio, se io credendo Tizio erede di Sempronio,
mentrechè lo eravate voi, ho ricevuto da un debito-
re ereditario ciocchè doveva, credendo ricevere per
Tizio, e voi avete ratificato il pagamento, vi com-
pete contra di me l'azione *negotiorum gestorum*,
perchè in realtà ho io fatto il vostro negozio; ed a
Tizio non compete, perchè non ha fatto il suo; l.
6, § 10, ff. *hoc tit.*

Vi compete similmente, se essendo mio coerede, avete ratificato la vendita da me fatta, come per me solo, di una cosa proveniente dall'eredità; l. 19, Cod. *hoc tit.*

Potrebbonsi facilmente moltiplicare gli csempj.

2.^a REGOLA: *È necessario di aver fatto il negozio senza mandato del proprietario.*

643. Se vi fosse un mandato, sarebbe un vero contratto, della cui inesecuzione andrebbe risponsabile quegli che l'avesse accettato, ammenochè non provvenisse da forza irresistibile; invece che anche dopo aver conceputo il progetto di amministrare il negozio di taluno, ed averlo appalesato a più persone, posso astenermi dall'amministrarlo, e non per ciò dovrei alcuna indennità al proprietario, se tuttavia non avessi con ciò impedito che un altro ne assumesse l'incarico. *V. infra*, n.^o 666.

Il mandato non può darsi che da una persona capace di contrattare; mentre che gl'incapaci sono puranche validamente obbligati verso coloro che hanno amministrato i loro negozj; l. 19, ff. *de negot. gest.*, e l. 46, ff. *de obligat. et act.* Siffatta differenza tuttavia è piuttosto di dottrina che reale nei risultamenti, giacchè un incapace il quale avesse conferito mandato sarebbe obbligato sino alla concorrente quantità di ciò che gl' avessero profittato le spese del mandatario. Ma nel mandato di una persona capace, che il negozio sia

stato oppur no utile al mandante, costui non è meno obbligato di eseguire ciocchè ha fatto il mandatario, di farlo indenne delle sue spese, ed anche di pagargli una mercede, se siasi convenuta; mentrechè nel caso della semplice amministrazione di negozj, è d'uopo che l'amministrazione sia stata utile fin da principio al proprietario, perchè sia obbligato verso il gestore, ammenochè non abbia ratificato ciocchè siasi fatto.

Il mandato per regola generale non può provarsi con testimoni oltre 150 fr.; in vece che posso benissimo provare in tal modo, oltre tale somma, che voi avete amministrato i miei beni, raccolto le mie messi, e portato via i prodotti.

Si rinverrebbero ancora altre differenze, non ostante la disposizione finale dell' art. 1372 c. c. = 1326 II. cc.: « Egli si sottopone (colui che volontariamente amministra l'altrui negozio) a tutte le « obbligazioni che risulterebbero da un espresso « mandato avuto dal proprietario. » Ciocchè del resto è verissimo rispetto al gestore,

644. E conviene osservare che queste obbligazioni sono le stesse, sia che il proprietario conosca l'amministrazione, sia che la ignori: l'articolo lo dice positivamente; in vece che nelle antiche regole, se il proprietario avesse conosciuto l'amministrazione allorchè cominciò, e l'avesse tollerata, sarebbe ciò stato un mandato tacito.

645. Se io fo il vostro negozio, credendo di aver ricevuto da voi mandato a tale oggetto, mentre che

672 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

non n' esisteva alcuno , o che quello dato era nullo , ho soltanto contro di voi l'azione *negotiorum gestorum* , e non quella *mandati*; l. 5 , ff. *hoc tit.*

646. Per la medesima ragione , se il mandatario ha oltrepassato i limiti del suo mandato , per esempio , se ha speso 50,000 fr. nell' amministrazione de' beni del mandante , mentrèchè il mandato limitava a 20,000 le spese che dovevano farsi , egli non ha pei 10,000 franchi eccedenti , se non la semplice azione di amministrazione di affari; l. 52 , ff. *hoc tit.* Per conseguenza se questi 10,000 fr. , non han prodotto al proprietario che un utile di 5,000 fr. soltanto , l'azione a tale riguardo non sarà che di 5,000 franchi.

647. Allorchè un negozio interessa al tempo stesso un mio amico ed un' altra persona , ed io l'amministro di proprio moto , in considerazione soltanto del mio amico , nel rigore delle regole , non dovrei avere azione che contra colui soltanto che io aveva in mira facendo il negozio , e per la parte ch' egli vi aveva , se non era solidale col terzo. Le leggi 6 , § 6 ; 46 , ff. *hoc tit.* , e 22 , § 10 , ff. *mandati* sono concepute in tal senso.

Nondimeno , *aequitatis causa* , le azioni *negotiorum gestorum* avranno luogo puranche tra il gestore ed il terzo. Ciò vien sancito eziandio dalla l. 6 , § 6 , di sopra citata. E Papiniano nella l. 51 , § 1 , ff. *hoc tit.* dice lo stesso del caso in cui , amministrando gli affari di Tizio , ho fatto al tempo stesso un affare di Sempronio che vi si trovava im-

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 673
mischiato, senza che sapessi di riguardare Sempronio, nel qual caso evidentemente io non aveva l'intenzione di obbligarlo verso di me.

Lo stesso dispone la l. 5, § 1, ff. *hoc tit.*, ove Ulpiano dice che se io abbia amministrato l'affare di Sempronio quando credeva di esser quello di Tizio, Sempronio non è meno obbligato verso di me, ed io verso di lui, mentre che io non lo sono verso Tizio, nè Tizio verso me. Ulpiano ancora opina similmente sopra un caso analogo, nella l. 42, § 2, del medesimo titolo.

648. Nel rigore delle regole puranche non avreia azione allorchè, credendo fare il mio negozio, si trova di esser quello d'un altro; giacchè non ebbi intenzione di obbligare costui verso di me. Perciò il giureconsulto Paolo, nella l. 14, ff. *de doli mali except.*, dice che chi ha fabbricato sul suolo altrui (credendo di appartenergli) non può recuperare il valore delle sue spese se non finchè possiede il fondo, perchè allora potrà opporre, sulla dimanda di rivendicazione del proprietario, l'eccezione *doli mali*, se quest'ultimo non voglia farnelo indenne.

Ma secondo l'equità chi ha fatto qualche spesa sopra una cosa o in un affare che credeva malamente a lui appartenere o riguardarlo, ha l'azione *negotiorum gestorum* (1) contra il padrone della cosa o contra quello cui riguardava l'affare. Africano ne

(1) *Utilis, id est utilitate suadente.*

674 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
adduce parecchi esempj nell'ultima legge di questo titolo.

649. Giuliano va ancor oltre nella l. 6, § 5, *hoc tit.*: ei dice che se taluno siasi ingerito nell'amministrazione de' miei affari, non colla mira di essermi utile, ma per suo proprio vantaggio, non solo io ho l'azione contro di lui, come è ragionevole, per obbligarlo a rendermi conto, ma che egli l'ha pure contra di me, non per tuttociò che ha speso, ma sino alla concorrente quantità di cui mi trovo più ricco al tempo della dimanda. Questo testo è un solenne omaggio renduto alla massima che niuno deve arricchirsi a spese altrui, anche di un uomo in mala fede.

650. Se fra due debitori di un debito uno mi abbia dato mandato di pagarlo, io ho contro di lui l'azione del mandato per lo intero, sia che il debito fosse oppur no solidale, ammenochè in quest'ultimo caso ei non mi avesse dato incarico se non di pagare la sua parte soltanto; e mi compete contro l'altro l'azione di amministrazione di negozio per lo intero, o per la sua porzione solamente, secondo che il debito era oppur no solidale; giacchè ho fatto eziandio il suo negozio; l. 14, Cod. *hoc tit.* Poco importa, anche nel caso in cui il debito era solidale, che se lo avesse pagato colui dal quale ebbi mandato, ei non avrebbe contra il suo condebitore che un'azione per la costui parte, e che si reputi di aver egli stesso agito per mezzo mio: ciò a nulla influisce; il fideiussore che ha pagato

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 675
tutto il debito solidale ha puranche il suo regresso
per lo intero contra ciascuno de' condebitori (art.
2030 c. c. = 1902 ll. cc.), e nondimeno avea pu-
ranche ricevuto un mandato da ciascuno di essi di
rendersi loro garante.

651. Così, allorchè voi mi avete dato mandato
di fare una cosa che riguardava Tizio, io ho con-
tro di voi l'azione del mandato, e contra Tizio
l'azione di amministrazione di negozj; l. 3, ff. *hoc*
tit. Sarebbe lo stesso in conseguenza se per deter-
minarmi a fare il negozio di Tizio, vi siate ren-
duto garante pel mio regresso; *ibid.* E spetterà a voi
stesso l'azione di amministrazione di negozj contro
Tizio, se abbiate pagato qualche cosa per effetto del-
la vostra fideiussione; l. 4, *eod. tit.*; e contra me
l'azione di mandato, se io non abbia bene ammi-
nistrato il negozio, attesochè voi siete obbligato
verso Tizio solo perchè rendendovi garante de' pa-
gamenti che io praticassi, per impegnarmi a fare
la cosa, vi siete da voi stesso immischiato nel suo
negozio. Ma se punto non avessi io fatto l'affare,
Tizio non avrebbe azione contro di voi; l. 8, § 6,
ff. *mandati*. V. quanto è stato da noi detto a tal
uopo nel tomo X, n. 230 e 235.

652. Similmente, se Paolo da voi incaricato a
farvi da fideiussore, e che aveva accettato il vostro
mandato, non l'abbia eseguito, e vi abbia io stes-
so garantito in sua vece, vi sarà luogo tra voi e
me alle azioni *negotiorum gestorum*; ed esse esiste-
ranno puranche tra Paolo e me; l. 46, § 1, ff.

★

676 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
de neg. gest. Avrei inoltre contro di voi l'azione
del creditore ; dopo averlo pagato, ed alla quale,
secondo il Codice, sarei surrogato di pieno dritto
(art. 1250 — 3.^o e 2029 c. c. = 1203 e 1901 *Il.*
cc.), sebbene la mia fideiussione siasi data a vo-
stra insaputa ; art. 2014 c. c. = 1886 *Il. cc.*

653. Finalmente circa al caso in cui una per-
sona siasi ingerita negli affari di un'altra, non ostan-
te la costei espressa opposizione, noi l'abbiamo trat-
tato rispetto ai pagamenti de' debiti, nel tomo pre-
cedente, n.^o 19. Ivi risolviamo la quistione se avvi
luogo a regresso, con talune distinzioni desunte da
particolari circostanze della causa. Vi citiamo puran-
che le diverse disposizioni delle leggi romane su
questo punto, specialmente l'ultima legge del Codice,
in questo titolo, colla quale Giustiniano volendo
troncare la controversia che esisteva a tal riguardo
fra i giureconsulti, dichiara che non avrà più luo-
go il regresso.

3.^a REGOLA : *Il gestore facendo il negozio di un
altro, e spendendo del proprio, convien che ab-
bia avuto l'intenzione di tenerlo per obbligato
verso di sè.*

654. Da ciò emerge che ciechè fu fatto *animo
donandi* non produce azione di amministrazione di
affare a vantaggio di colui che ha fatto la cosa. Per
esempio, se per affezione verso mia sorella, io educo
in mia casa suo figlio, non avrò azione contro di

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 677

lei, quantunque con ciò io abbia fatto il suo negozio; giacchè fin da principio non era mia intenzione di averne alcuna; l. 27, § 1, ff. *hoc tit.*

E l'imperadore Gordiano, nella l. 15, Cod. *hoc tit.*, dice che se per effetto di un' affezione in qualche modo paterna, *paterno affectu*, io ho alimentate le figlie avute da mia moglie da un primo matrimonio, o se ho pagato con mio danaro i loro maestri di studio e di cose piacevoli, non ho azione per queste diverse spese (nè contra le mie figliastre, nè contra la mia consorte); ma se io le abbia fatte soltanto coll' intenzione di domandarne di poi la somma, ho l'azione *negotiorum gestorum*.

Si rinviene una simile disposizione, e colla medesima distinzione, nella l. 50, ff. *familiae erciscundae*, in occasione del danaro che un padre aveva dato a suo figlio emancipato, per andar a fare i di lui studj in qualche città: il figlio non ne deve la collazione prendendo tanto di meno nella eredità del padre, eccettochè costui non avesse dato il danaro a suo figlio piuttosto *animo credendi*, quam *animo donandi*.

655. Ma per regola le spese, anche per alimenti, e quantunque fatte per persone prossime parenti di chi le ha fatte, non si presumono fatte *animo donandi*. Se ne rinviene un evidente esempio nella l. 34, ff. *hoc tit.* Questo punto dipende dalle circostanze della causa: come a dire la natura del legame che univa le persone, la fortuna e lo stato di ambedue, le particolari circostanze nelle quali fu-

ron fatte le spese, e la considerazione puranche che fossero state fatte mercè pagamenti di somme, anzichè ricevendo la persona in propria casa.

Trattando degli alimenti nel titolo *del Matrimonio*, tomo II, e *delle Collazioni*, tomo VII, fu ciò da noi estesamente spiegato.

656. Avviene eziandio talune volte che ci rendiamo garanti per qualcuno colla mira di non ripetere ciocchè dovremmo pagare per lui: la l. 32, ff. *de pactis* suppone che ciò sia avvenuto nella specie decisa da siffatto testo; e la l. 60, § 1, ff. *mandati vel contra*, parla di un caso in cui, secondo le circostanze della causa, che vi sono esposte, la fideiussione erasi prestata, se non *animò donandi* propriamente parlando, almenò per motivi personali al fideiussore, il quale non pensava allora di richiedere ciocchè forse gli convenisse pagare a tal uopo. Ed il giureconsulto sostiene in conseguenza che gli eredi del garante, il quale aveva pagato il debito, non hanno alcuna azione per ripetere, nè quella di mandato, nè quella di amministrazione di negozj.

§ III.º

Quali sono le obbligazioni che derivano dal quasi contratto di amministrazione di negozj.

S O M M A R I O.

657. *Obbligazione per chi ha assunto l'incarico del negozio, di portarlo a fine: testo degli art. 1372 e 1373 c. c.*

658. *La parola negozj s'intende de' negozj stragiudiziali, e di uno come di molti.*

659. *Ma il gestore non è tenuto di amministrare tutti i negozj della medesima persona.*

660. *A fin di stare in giudizio per taluno, è d'uopo di un mandato: dritto romano su tal punto, nota.*

661. *Neanche puossi in generale stipulare o promettere per un terzo da cui non si è ricevuto mandato.*

662. *Del caso in cui l'affare altrui sia stato amministrato da una donna maritata, non autorizzata da tuo marito.*

663. *E di quello in cui lo sia da un minore, anche non emancipato.*

664. *Il gestore deve render conto di tutto ciò che ha ricevuto per conto di quello a cui appartiene il negozio.*

665. *Ed anche di ciò che non era dovuto a costui.*

666. *È responsabile delle colpe commesse nella sua amministrazione: di quali colpe sia tenuto.*

667. *E deve restituir le somme che ha impiegato a proprio uso.*

668. *È tenuto per colui che si ha sostituito nella sua amministrazione.*

669. *Il proprietario il cui affare è stato bene amministrato deve da sua banda far indenne il gestore di tutto ciò che ha speso: testo dell'art. 1375 c. c.*

670. *Applicazione della condizione che l'affare dev' essere stato bene amministrato.*

671. *Ma il gestore ha dritto al rimborso delle spese necessarie da lui fatte sopra una cosa, benchè sia di poi perita.*

672. *Nondimeno la regola initium spectaudum est soffre talune limitazioni.*

673. *Bisogna riguardare l'amministrazione nel suo complesso.*

680 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

674. *Gl'interessi delle somme spese dal gestore gli sono dovuti dal giorno in cui le ha erogate.*

675. *Deve il proprietario liberarlo dalle obbligazioni che ha personalmente assunte per la sua amministrazione.*

676. *Ed il proprietario dee parimenti eseguire le obbligazioni che sono state contratte in suo nome per la medesima causa.*

657. Secondo l'art. 1372 c. c. = 1326 II. cc.,
« quegli che volontariamente si fa gestore di un
« negozio altrui, tanto se il proprietario ne sia co-
« nosciuto, quanto se lo ignori, contrae un'obbli-
« gazione tacita di continuare l'amministrazione che
« ha incominciato e di condurla al termine, sino
« a che il proprietario sia in istato di provvedervi
« egli stesso: debbe ugualmente incaricarsi di tutte
« le conseguenze del medesimo negozio.

« Egli si sottopone a tutte le obbligazioni che
« risulterebbero da un espresso mandato avuto dal
« proprietario. »

Che anzi, secondo l'articolo seguente, « è te-
« nuto a continuare l'amministrazione, ancorchè
« il proprietario muoia prima che il negozio sia ter-
« minato, e fino a che l'erede abbia potuto intra-
« prenderne la direzione. » Non potrebbe dire, per
iscusarsi di averlo abbandonato, che ne aveva as-
sunto l'incarico sol per considerazione verso del de-
funto: egli si è affibbiato al negozio intraprendendolo.

658. La parola *negozio* qui s'intende ugualmente
di uno o più negozj. NEGOTIA sic accipe, sive
unum, sive plura; l. 3, § 2, ff. hoc. tit.

E qualunque sia la specie di negozio che venga
amministrato, ciò è indifferente: come se qualcuno

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 681
faccia la mia raccolta, mentre io sono assente, faccia puntellare la mia casa che minaccia rovina, paghi il mio debito, mi garantisca a mia insaputa, ec. ec.

659. Ma chi s' immischia negli affari di un altro non è perciò obbligato di amministrarli tutti; nè per tal riguardo debb'essere assimilato ad un tutore, il quale è in obbligo di amministrare tutti gli affari del suo pupillo: *Satis abundeque sufficit, si cui, vel in paucis, amici consulatur*; l. 20, Cod. *hoc tit.* Chi, per esempio, paga il mio debito verso Paolo, non è obbligato a pagare gli altri debiti miei; vieppiù chi ha raccolto la mia messe non è per questo obbligato di raccogliere la mia vendemmia; ma deve fare tuttociò ch'è una conseguenza, una dipendenza del negozio o dei negozj di cui si è incaricato, e la cui omissione renderebbe incompiuta circa a questi medesimi negozj la sua amministrazione.

660. Diciamo, *qualunque sia la specie di negozio che venga amministrato, ciò è indifferente*: nondimeno un terzo non può stare in giudizio per me, nè da attore nè da convenuto, senza un mandato da parte mia, o senza aver qualità, in virtù della legge, per rappresentarmi: ed allora son io che realmente sto in giudizio per organo suo. Se io venga rappresentato da un mandatario ordinario, è espresso negli atti: *Ad istanza di un tale, a premura e diligenza di un tale, suo mandatario.* E se sia un minore sottoposto a tutela, vien detto:

682 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

Ad istanza di un tale, tutore di un tale. L'espressione della qualità indica bastantemente di procedere il minore per mezzo del suo tutore.

Da ciò provenne quell'adagio che *niuno in Francia, tranne il Re, sta in giudizio per mezzo di procuratore* (1).

(1) Mentrechè in Roma avveniva altrimenti. Nei primi tempi, in pochissimi casi era lecito farsi rappresentare in un giudizio, *vetante regula* NEMO ALIENO NOMINE LEGE AGERE POTEST; l. 123, ff. *de reg. juris*. Questi casi erano quelli in cui trattavasi di una causa che interessava il popolo, o che concerneva la libertà di un individuo, ed allorchè un tutore procedeva pel suo pupillo.

Poscia, *utilitate suadente*, fu permesso di agire per mezzo di un procuratore nelle cause ordinarie o d'interesse pecuniario; ma per rispetto dovuto alle antiche regole, s'immaginò di rendere, fittiziamente almeno, padrone della lite, *dominus litis*, colui il quale rappresentava un altro nella causa. Chi rappresentava l'attore nominavasi *procurator (ad litem)*, e chi rappresentava il convenuto, era detto specialmente *defensor*. Ma gli uni e gli altri non avevano cosa di comune con gli avvocati, *advocati*, che erano semplicemente chiamati per assistere chi li adoperava, ed avvien lo stesso nel nostro dritto.

Allorchè il procuratore veniva nominato dal padrone presente, in virtù di una certa formola, chiamavasi *cognitor*; ma l'uso di questa formola non sussisteva più al tempo di Giustiniano. Allorchè era nominato *a domino absente*, *nudo mandato*, si diceva specialmente *procurator*, e diveniva il padrone della causa *per litis contestationem*; ma doveva dar cauzione all'altra parte che il padrone ratificherebbe ciocchè fosse giudicato: *de rato cavebat*.

E regolarmente non vi era obbligo di ammettere per procuratore dell'attore chi non esibiva un mandato. Vi erano talune eccezioni: per esempio, il marito nella causa di sua moglie era ammesso a rappresentarla, senza giustificare un mandato espresso. Avveniva lo stesso del figlio che presentavasi nella causa di suo padre, per esercitare l'azione in nome di costui, ed anche di un fratello che agiva per suo fratello, di un suocero che agiva per sua nuora, del liberto, che agiva pel suo padrone, o del padrone che agiva pel liberto. Ma

661. Ed un terzo neanche può in generale stipulare o promettere per me (art. 1119, 1120 e 1121 c. c. = 1073, 1074 e 1075 ll. cc.), non solo nel senso che nel caso di stipulazione, egli ne acquistasse per se il beneficio, ove il promettente non volesse fare la cosa per me, ma ancora nel senso che io po-

tutti dovevano anche dar cauzione che il padrone del negozio ratificherebbe il *giudicato*.

Nel nostro dritto queste eccezioni, anche coll'offerta di dare tale cauzione, non sarebbero ammesse: il convenuto farebbe dichiarare inammissibile, per mancanza di qualità o di potere, l'azione di colui il quale lo convenisse senza esser munito del mandato del vero padrone nel negozio; salvo le massime intorno alla tutela ed alla potestà del marito per riguardo alle azioni di sua moglie, di cui avesse egli l'esercizio in virtù della regola sotto la quale fosse maritato e stante pure l'oggetto del procedimento.

Circa a colui il quale si faceva a rappresentare il convenuto, *defensor*, non avea bisogno di esser munito di un mandato: *defendera quis, sive libertus, sive extraneus sit, sine mandato potest*; l. 12, Cod. *de procur. et defens.* Ma era in obbligo di dar cauzione *judicatum solvi*, se l'attore lo richiedeva; l. 110, ff. *de reg. juris.*

Appresso noi non sarebbe così, anche coll'offerta di dare questa cauzione.

Quindi atteso queste differenze, dicesi: *Niuno in Francia, tranne il Re, sta in giudizio per mezzo di procuratore*; ed anche oggidì nelle cause che riguardano la lista civile ed i beni della corona, il Re, sia in linea di azione, sia in linea di difesa, vien rappresentato dall'Intendente della lista civile, che agisce in proprio nome.

Nel dritto romano la sentenza era profferita contra il *procurator* o il *defensor*, quando ve n' esisteva nella causa; e quando era esso rimasto snocumbente; ma allorchè il vero padrone del negozio avea ratificato, il *defensor*, se veniva astretto per pagare il *giudicato*, si difendeva con una eccezione, e se la sentenza erasi ottenuta dal procuratore dell'attore, il quale voleva farla eseguire a suo vantaggio senza una cessione, egli poteva ancora essere escluso con una eccezione.

Imperciocchè questa proprietà della causa era fittizia.

684 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

tessi avere un'azione contro di lui; e nel caso della promessa, non solo nel senso che lo stipulante potesse costringermi a far la cosa, ma anche nel senso che avesse un'azione contra il terzo se io non volessi farla. La stipulazione o la promessa è nulla nell'uno e l'altro aspetto.

Questa doppia regola soffre al certo alcune eccezioni; ma noi le spieghiamo precedentemente nel tomo X, cap. II, sez. I, §§ 5 e 6, e cap. III, sez. IV, sviluppando i medesimi canoni: sarebbe dunque inutile il rimembrarli qui. Dobbiamo evitare per quanto è possibile le ripetizioni.

662. Se una donna maritata non autorizzata da suo marito amministrasse il negozio altrui, non lascerebbe essa di essere obbligata a render conto, ed anche a pagare i danni ed interessi pel pregiudizio che avesse cagionato al padrone con la sua cattiva amministrazione; e secondo le circostanze della causa, suo marito potrebbe essere responsabile, come avendola tacitamente autorizzata.

E circa all'amministrazione anteriore al matrimonio della moglie, non potrebbe esser dubbioso che costei fosse tenuta dell'azione; ed il marito similmente se esistesse comunione tra essi (1).

663. Un minore, anche non emancipato, non sarebbe in obbligo di render conto dell'amministrazione tenuta de'negozj altrui, e di riparare il danno

(1) V. nel tomo II, n.º 496 e seguenti, nel titolo *del Matrimonio*, cioè che dicemmo riguardo alle obbligazioni della moglie nei casi di quasi contratti.

che avesse cagionato al proprietario; imperocchè costui non potrebbe ragionevolmente essere obbligato a sopportare il danno che un altro gli avesse cagionato ingerendosi in un affare che non lo riguardava: un minore non può essere restituito in intero contra le obbligazioni nascenti dai suoi delitti, ed anche da' suoi quasi delitti; art. 1510 c. c. = 1264 II cc.

Nondimeno la responsabilità che riguarda le semplici colpe sarebbe in generale applicata meno severamente ad un minore che ad un maggiore: si dovrebbe prendere in considerazione la natura delle circostanze che lo indussero ad ingerirsi in questo negozio, e soprattutto con quale animo lo abbia fatto.

664. Il gestore dee render conto di tutto ciò che ha riscosso per conto del padrone del negozio.

665. Disponevasi anche nel dritto romano, e ciò dovrebbe similmente seguirsi fra noi, che il gestore era obbligato anche di corrispondere al padrone ciò che gli era stato pagato da un terzo il quale credevasi falsamente debitore verso di lui; benchè egli non avrebbe potuto altronde reclamare dall'assente ciocchè avesse pagato per lui, se questi non doveva la cosa; l. 23, ff. *hoc tit.*

Ma la ragione di differenza è patente: nell'ultimo caso egli ha commesso una colpa che deve a sè imputare; nel primo, il terzo che si credeva debitore verso l'assente, intese di pagare al suo creditore, e non al gestore. Costui non ricevè per pro-

prio vantaggio, e l'assente ratifica tale pagamento chiedendone conto al gestore, e si obbliga così alla restituzione verso il terzo. Or la ratifica equivale al mandato: *ratihabitio mandato æquiparatur*. Nel caso di mandato il Codice civile, come il dritto romano, vuole che il mandatario debba corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della di lui procura, quando anche ciocchè ha ricevuto non fosse dovuto al mandante (art. 1993 c. c. = 1865 ll. cc.): or debb' essere così del gestore, poichè egli è sottoposto a tutte le obbligazioni risultanti da un espresso mandato avuto dal proprietario; art. 1372 c. c. = 1326 ll. cc.

La l. 8, § 1, ff. *hoc tit.* dichiara la stessa cosa in un caso in cui il gestore abbia ricevuto dal debitore di colui il negozio del quale egli disimpegna, interessi o una restituzione di frutti che quest'ultimo non avrebbe potuto conseguire.

666. Poichè, secondo l'art. 1372 c. c. = 1326 ll. cc., chi volontariamente si fa gestore di un negozio altrui tanto se il proprietario conosca l'amministrazione, quanto se la ignori, si sottopone a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario, segue che è responsabile delle colpe che avesse commesse nella sua amministrazione, e di cui un mandatario sarebbe tenuto. Or, secondo l'art. 1992 c. c. = 1864 ll. cc., la responsabilità riguardante le colpe è applicata meno rigorosamente a colui il cui mandato è gratuito, che a colui il quale riceve una mercede; ed il gestore non ne riceve.

Varj interpreti del dritto romano (1), considerando che non si potrebbe adoprare cura bastante a reprimere lo zelo indiscreto di coloro i quali s' immischiano negli affari altrui senz' averne ricevuto incarico, i quali s'ingeriscono spesso in questi affari con mire poco oneste, credettero che il gestore di negozio debb' essere risponsabile delle sue colpe anche più lievi: *quia culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti*; l. 36, ff. *de reg. juris*. Essi invocano anche la l. 25 del medesimo titolo, esaminata.

Nondimeno essi ammettono, giusta la sentenza di Ulpiano nella l. 5, § 9, ff. *de negot. gest.*, che in taluni casi il gestore è risponsabile soltanto del suo dolo, di cui sempre ognuno è tenuto, e della colpa grave, la quale nelle cause civili è assimilata al dolo; l. 226, ff. *de reg. juris*. Ciò avveniva allorchè qualcuno, mosso da un sentimento di umanità, e per impedire che i miei beni fossero venduti ad istanza de' miei creditori, erasi immischiato ne' miei affari.

Chechè ne sia, è indubitato che questa dottrina non potrebbe sostenersi vigente il Codice, poichè è evidente che dicendo che la garanzia riguardo alle colpe si applica meno rigorosamente a colui il cui mandato è gratuito, che a colui il quale riceve una mercede, esso dice pur con ciò che il primo potrebbe non essere risponsabile della tale col-

(1) V. le *Recitazioni* de' Professori di Lovanio, tit. *de negotiis gestis*, § 5.

pa di cui il secondo sarebbe tenuto; il che è un riconoscere che possono esservi colpe di molte specie circa alla loro caratteristica di gravezza (1). Or il gestore è tenuto delle obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario.

In somma il gestore in generale dev'essere tenuto delle sue colpe gravi, ed anche delle sue colpe lievi se un altro più zelante e più abile di lui erasi offerto per amministrare, e fosse stato escluso; imperocchè si reputerebbe aver egli promesso di adoprare lo stesso zelo e la stessa abilità di colui al quale ha impedito di amministrare. Del resto la valutazione delle colpe del gestore dipende molto, come lo dice Pothier *ad Pandectas hoc tit.*, dalle circostanze nelle quali si è incaricato del negozio e da quelle pure nelle quali le colpe attribuite si son commesse. Ma per massima il gestore non è tenuto delle colpe lievissime, *levissimæ culpæ* (2).

L'art. 1374 c. c. = 1328 H. cc. stabilisce questa dottrina, dicendo: « È tenuto ad usare nell'amministrazione dell'affare tutte le cure di un buon padre di famiglia.

« Nondimeno le circostanze che lo hanno indotto ad incaricarsi dell'affare possono autorizzare il giudice a moderare i danni ed interessi derivati da colpe o da negligenza nell'amministrazione ».

(1) V. cioè che dicemmo circa alla responsabilità delle colpe nel tomo X, cap. III, sez. 2, § 1, n.º 597 e seguenti.

(2) V. tomo X, n.º 414.

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 689

Ed anche a non pronunciarne interamente, se per semplice benevolenza si fosse incaricato di un affare penoso, e che era pericoloso pel proprietario, come nella specie della l. 5, § 9, innanzi citata.

Da un'altra banda può essere responsabile di una perdita avvenuta per caso fortuito, allorchè sia stata cagionata per qualche imprudenza da parte sua: come nel caso della l. 11, *hoc tit.* in cui è dichiarato responsabile della morte di schiavi che aveva comprati pel padrone, o della perdita di mercanzie messe sopra un bastimento, allorchè il proprietario non era solito di fare simili speculazioni. Ciò è giusto, giacchè il caso fortuito è stato prodotto per colpa del gestore, considerandolo nei suoi effetti per riguardo al proprietario. Ma anche in questa specie il proprietario non deve scindere l'amministrazione, accettare soltanto le buone operazioni, e rigettare le cattive (*ibid.*); l'amministrazione forma un solo contratto, come lo dice il giureconsulto Paolo nella l. 16, *eodem tit.*

Ed abbenchè, come lo abbiain detto più sopra, giusta la l. 20, Cod. *hoc tit.*, il gestore non sia obbligato d'incaricarsi di tutti i negozj della persona, nondimeno se abbia trascurato di amministrar quelli di cui un altro offriva d'incaricarsi, è responsabile della perdita sofferta dal proprietario per effetto di questa negligenza; l. 6, § 12, ff. *hoc tit.*

Ma il padrone non può tuttavia apporre a colui che si è ingerito nell'amministrazione de' suoi

beni di non aver coazonato i debitori, quando anche i debiti si trovassero adesso prescritti o i debitori fossero divenuti insolvibili. Imperocchè egli non aveva qualità a tal uopo; *ibid.* Altra cosa sarebbe il rifiuto che avesse fatto di ricevere da essi o da un terzo il valore de' pagamenti offerti, se tuttavia ancora non gli erano offerti con condizioni che egli non poteva adempiere senza compromettere gl'interessi del proprietario; *ibid.*

Riguardo al debito proprio verso l'assente, la medesima legge lo rendeva responsabile di non averse ne a sè medesimo pagato l'importare nel caso in cui non produceva interessi, ed avesse egli potuto, impiegando le somme, farne loro produrre: *a semetipso cur non exegerit ei imputabitur*. Viemaggiormente se il debito si fosse prescritto, sarebbe stato egli escluso con una eccezione, se avesse di poi voluto opporre la prescrizione all'assente.

Ciò non potrebbe applicarsi se non a colui il quale avesse assunta l'amministrazione generale dei beni del suo creditore assente, o almeno dei beni a cui il debito si riferiva, ma non ad un debitore il quale facesse pel suo creditore uno o più affari soltanto che non avessero relazione alcuna col suo debito; senza pregiudizio dell'eccezione desunta dalla compensazione, se mai potè questa operarsi.

667. Il gestore deve corrispondere gl'interessi delle somme che ha impiegato a proprio uso, dalla data di tale impiego; e di quelle di cui sia rimasto in debito dal giorno in cui fu costituito in mora; art.

Tit. IV. Delle obbl. che si formano senza conv. 691
1996 e 1372 c. c. = 1868 e 1326 ll. cc., insieme combinati.

668. È tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza; art. 1994 e 1372 c. c. = 1866 e 1326 ll. cc., insieme combinati.

Il padrone avrebbe direttamente azione contra il sostituito; medesimo art. 1994.

669. Il gestore da sua banda, come lo abbiamo detto cominciando la spiegazione della materia, ha un'azione contra il proprietario per essere fatto indenne dalle somme da lui sborsate nella sua amministrazione; ma il proprietario non gli deve alcuna mercede, ammenochè non si trattasse di un negozio disimpegnato da qualcuno che faceva professione degli affari di questa specie; come sarebbe un commessionato il quale avesse venduto mercanzie che pativano; un patrocinatoro il quale si fosse costituito in una certa causa, cc.

Circa all'azione del gestore contra il proprietario, l'art. 1375 c. c. = 1329 ll. cc. dice: « Il
« proprietario il cui affare è stato bene ammini-
« strato deve adempire le obbligazioni che il ge-
« store ha contratto in suo nome; deve farlo in-
« denne da quelle che ha personalmente assunte;
« e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie
« che ha fatto. »

670. Bisogna che l'affare sia stato bene amministrato, giacchè se lo sia stato male, può, secondo le circostanze della causa, esservi luogo al contrario a danni ed interessi pel proprietario, abbenchè il

★

gestore avesse fatto spese. Tal sarebbe il caso in cui avesse deteriorata anzichè migliorata la cosa del padrone. E non avrebbe alcuna indennità per le spese che avesse fatte sopra una cosa che non ne valeva la pena, sulla quale il padrone non ne avrebbe fatto; l. 10, § 1, ff. *hoc tit.* Vi sarebbe luogo tutto al più a pagare l'aumento di valore che ne avesse provato la cosa; salvo il caso in cui il padrone avesse ratificato ciocchè sia stato fatto.

Da ciò segue puranche, come si è detto più sopra, che il gestore il quale ha pagato, anche per errore, qualche cosa non dovuta da colui degli affari del quale si è incaricato, nulla può ripetere a tal riguardo, nè porlo a discarico nel suo conto; salvo a lui la ripetizione contra il terzo, se compete. In conseguenza se abbia pagato un debito che era prescritto, non può ripetere cosa alcuna a tal riguardo. È questa una gran differenza dal caso di mandato, nel quale non si considera l'utilità di cui possono essere al mandante le spese fatte dal mandatario, in cui ad altro non si bada che alla quistione se vi fosse mandato; l. 51, ff. *hoc tit.*

671. Ma debbonsi corrispondere al gestore le spese necessarie da lui fatte, benchè sieno divenute inutili pel proprietario per qualche avvenimento sopraggiunto dopo: come sarebbe la specie di una casa che minacciava rovina, fatta riparare dal gestore, e che di poi siasi incendiata per un fatto estraneo al gestore; ovvero quella di spese fatte per un cavallo infermo e che sia morto, anche in

conseguenza della infermità per la quale queste spese sono avvenute; *ibid.* In fatti il suo proprietario avrebbe fatto egli stesso queste spese, se fosse stato presente: adunque egli risparmiò la propria borsa, *pecunie suæ pepercit*, attesa l'amministrazione di colui che le ha fatte; dunque deve renderlo indenne da ciò che costui ha dovuto ragionevolmente erogare: imperocchè sempre in questa misura deve l'indennità pagarsi: *Initium spectandum est.*

672. Nondimeno questa regola *initium spectandum est* riceveva talune limitazioni nel dritto romano, per riguardo alle spese fatte sui beni de' pupilli e senza l'autorità de' loro tutori: il pupillo doveva l'indennità soltanto sino alla concorrente quantità dell'aumento di valore in cui trovavasi la cosa al tempo della dimanda; l. 37, ff. *hoc tit.* E ciò sarebbe seguito puranche nel nostro dritto.

Essa dovrebbe soffrirne una eziandio riguardo alle spese semplicemente utili, qualunque fosse la qualità del proprietario; giacchè non puossi dire colla stessa probabilità delle spese necessarie, che costui le avrebbe fatte. Talmente che se non abbia approvato puramente e semplicemente l'amministrazione, dovrebbe fare indenne il gestore soltanto sino alla concorrente quantità dell'utile che risultasse per lui da queste spese al momento della dimanda. L'art. 555 c. c. = 480 ll. cc. somministra un valido argomento per risolverlo così.

673. E come lo abbiamo detto più sopra, for-

mando l'amministrazione un solo contratto (l. 16, ff. *hoc tit.*), il proprietario non deve scinderla per accettare le operazioni vantaggiose, e rigettare le cattive (l. 11, ff. *hoc tit.*), quando anche non fossero la conseguenza le une delle altre; salvo cioè che si è detto sul pagamento di una cosa non dovuta dal proprietario, giacchè in questo caso non puossi dire che il fatto facesse parte dell'amministrazione. Altronde il garante ha la sua azione contra il terzo.

674. Malgrado la regola che gl'interessi non corrono se non dal giorno della dimanda, tranne i casi in cui la legge li fa correre di pieno dritto (art. 1153 c. c. = 1107 ll. cc.), ed il silenzio del Codice sulla quistione se gl'interessi delle somme sborsate dal gestore gli sieno dovuti a computare dal giorno delle anticipazioni da lui fatte, non esitiamo a crederlo: egli dev'essere trattato a tal riguardo come il mandatario: poichè è sottoposto alle medesime obbligazioni, deve avere i medesimi dritti; per lo meno è al pari degno di favore. Altronde poichè, per effetto della similitudine delle sue obbligazioni con quelle del mandatario (art. 1372 c. c. = 1326 ll. cc.), egli si trova di dovere gl'interessi delle somme da lui riscosse nella sua amministrazione ed impiegate per uso proprio, ed a computare da questo impiego; per la medesima ragione il proprietario va riguardato sotto tal rapporto come un mandante: or un mandante deve al mandatario l'interesse delle somme che co-

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 695
 stui ha anticipate dal giorno in cui si verifica d'essersi fatto il pagamento; art. 2001 c. c. = 1873 ll. cc. La legge a questo riguardo dev' essere uguale fra essi: ciò è il meno. Non sarebbe giusto che il beneficio ridondasse in detrimento di chi lo ha conferito; il che sarebbe altronde contrario all'utile generale, giacchè ognuno s'incaricherebbe meno facilmente dell'amministrazione degli affari di coloro che non possono da per sè stessi amministrarli.

675. Se il gestore abbia assunto delle obbligazioni in nome proprio, riguardanti la sua amministrazione, e che non sieno ancora eseguite al momento in cui la medesima cessa, il proprietario deve adempierle: se non lo faccia, ed il gestore soffra qualche spesa, avrà un'azione per indennità a tal riguardo; l. 2, ff. *hoc tit.*

676. Se il gestore abbia contrattato in nome del proprietario stesso per riguardo alla sua amministrazione, come lo suppone l'art. 1575 c. c. = 1329 ll. cc., deve questi ugualmente adempiere siffatte obbligazioni.

SEZIONE II.

Del pagamento ricevuto indebitamente.

SOMMARIO.

677. Chi riceve ciocchè non gli è dovuto, si obbliga a restituirlo.

678. Non è ammessa la ripetizione riguardo alle obbligazioni naturali che si sieno volontariamente adempiute: che debbasi intendere per obbligazioni naturali; remissione.

696 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

679. Condizioni richieste nel dritto romano perchè vi fosse luogo a ripetizione.

680. Ciocchè fu pagato per errore di fatto è soggetto a ripetizione vigente il Codice, benchè si pretendesse che vi era debito naturale.

681. Diversi esempj che dimostrano la proposizione.

682. Ed avviene così del pagamento fatto anche per errore di dritto, nei casi in cui neppur vi è obbligazione naturale: remissione.

683. Se, vigente il Codice, chi ha consegnato per errore un immobile che non dovea, e che siasi alienato da colui il quale lo ha ricevuto, abbia la rivendicazione contra il terzo detentore: sì.

684. Chi per errore abbia pagato il debito di un altro, ha ugualmente la ripetizione contra colui al quale ha pagato.

685. Ammenochè quest' ultimo non abbia soppressa il suo titolo in buona fede, nel qual caso non avvi azione se non contra il vero debitore.

686. Se i pagamenti fatti ai creditori da un aggiudicatario ch' è di poi evinto, possano ripetersi contra di essi: dritto romano su questo punto, e risoluzione per la negativa.

687. Ciocchè siasi pagato prima del termine non va soggetto a ripetizione, ma remissione circa alla controversia se chi pagò per errore non possa reclamare finchè non sia giunto il termine.

688. Ciocchè fu pagato per errore pendente conditione, può ripetersi.

689. Controversia fra i giureconsulti romani sul punto se nel caso di un debito alternativo a scelta del debitore, ed in cui le due cose erano state pagate per errore, la scelta, sulla ripetizione di uno di esse, appartenesse a chi aveva ricevuto, o a chi aveva pagato: troncata da Giustiniano in favore di quest' ultimo.

690. Specie risolta dalle leggi romane, e che potrebbe esserlo diversamente nel nostro dritto, secondo le circostanze della causa.

691. Chi ha ricevuto in mala fede dee restituire i frutti o gl' interessi dal giorno del pagamento; nel caso contrario, dal giorno della dimanda.

692. Dritto romano circa ai frutti.

693. La cosa deve restituirsi in natura, se esiste: altre risoluzioni.

694. Chi ha ricevuto in buona fede non deve soffrire alcuna perdita nei suoi beni a cagione di questo pagamento: conseguenza.

695. Conseguenza pure circa alle spese da lui fatte sulla cosa.

696. Spetta a colui che ripete il provare, oltre il pagamento, che non vi era debito, ammenochè il convenuto non abbia negato da principio il pagamento: remissione.

677. Chi per errore o scientemente riceve ciocchè non gli è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto (art. 1376 c. c. = 1330 ll. cc.), o in nome del quale lo ha ricevuto.

In effetti ogni pagamento supponendo un debito, ciocchè fu pagato senza esser dovuto è soggetto a ripetizione; art. 1255 c. c. = 1188 ll. cc. Così richiede l'equità; giacchè niuno deve arricchirsi a spese altrui.

Nasce da questo pagamento un' obbligazione simile a quella che nasce dal mutuo, *mutuum*; come se chi ha ricevuto si fosse sottoposto a restituire ciocchè ha ricevuto, al pari che è tenuto di farlo colui il quale ha ricevuto a titolo di mutuo: *Nam hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*; l. 14, ff. de condict. indeb.

678. Ma la ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali che si sieno *volontariamente* adempiute; art. 1255 c. c. = 1188 ll. cc.

Circa a ciocchè debbasi intendere per obbligazioni naturali, convien vedere quanto dicemmo nel tomo X, cap. III, sez. 3, 2.^a *divisione delle obbligazioni, desunte dalla loro natura e dalla forza del vincolo*, e cap. II, sez. 4, *della causa delle obbligazioni*.

679. Nel dritto romano era massima che per esservi luogo alla ripetizione di ciò che era stato pagato, bisognavano queste due circostanze: 1.^o che

la cosa non fosse dovuta, anche per semplice obbligazione naturale; 2.^o che il pagamento avesse avuto luogo per errore. Cosicchè il pagamento, quantunque fatto per errore, di una cosa che riputavasi dovuta naturalmente, non era soggetto a ripetizione; e *vice versa* ciocchè erasi dato, consegnato, numerato da chi sapeva di non doverlo, nettampoco poteva ripetersi, giacchè era una donazione, e non un pagamento: *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est*; l. 53, ff. *de regul. juris*.

Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc condictioem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio; l. 1, § 1, ff. *de condict. indebiti*.

Molte leggi (1) attestano di non esser soggetto a ripetizione ciocchè erasi pagato anche per errore di fatto, in casi in cui sussisteva un' obbligazione naturale; e questa dottrina fu generalmente seguita dai nostri autori.

680. Ma debbe mai esserlo vigente il Codice? non lo crediamo. L' art. 1255 c. c. = 1188 ll. cc. dice: « La ripetizione non si ammette riguardo alle « obbligazioni naturali che si sieno *volontariamente* « *adempiute*, » Or se l' obbligazione naturale sia stata adempiuta per errore, non può dirsi che lo sia stato *volontariamente*, per effetto della volontà di colui il quale pagò, e che avesse così inteso di

(1) LL. 13, 19, 26, § 12; 38, §§ 1 e 2; e 61, ff. *de condict. indebit.*; 19, ff. *de oblig. et act.*; e 38, ff. *de fideicom. libert.*

Tit. IV. *Delle obblig. che si formano senza conv.* 699
adempire ad un' obbligazione naturale ; imperocchè non v'è cosa più contraria alla volontà quanto l' errore : *Non videntur consentire qui errant* ; l. 116, ff. *de reg. juris. Nulla enim voluntas errantis est* ; l. 20, ff. *de aqua et aquar. plu. arcend. Quid enim tam contrarium consensui quam error?* L. 15, ff. *de jurisdict.* E vietando il Codice soltanto la ripetizione delle obbligazioni naturali che siansi volontariamente adempiute , devesi dire che ammette la ripetizione di quelle tali fra queste obbligazioni che non si sieno adempiute volontariamente , ma per errore : altrimenti questa parola *volontariamente* si troverebbe fuori luogo nella legge , poichè l' effetto sarebbe lo stesso sì nell' uno che nell' altro caso.

Ma lungi da ciò il Codice volle dare alla volontà un effetto che potè ragionevolmente negare all' errore : non dovè esso permettere che una persona la quale credè opportuno di adempire un dovere di coscienza e di onore , adempiendo scientemente ad un' obbligazione naturale , abiurasse di poi un simile sentimento ; ma non aveva le stesse ragioni per istabilire che colui il quale non ebbe la stessa intenzione fosse nondimeno trattato nello stesso modo , quando non si riguardava forse come naturalmente obbligato. Esso era il primo giudice della controversia se vi fosse un' obbligazione di questa specie , poichè non potevasene richiedere da lui il pagamento : or niun giudizio emise a tal riguardo , stantè che , come si suppone , pagò per errore di fatto , *per ignorantiam*,

Nel dritto romano le obbligazioni naturali erano tante vere obbligazioni, le quali producevano tutti gli effetti delle obbligazioni ordinarie, tranne l'azione (1); ed erano assai numerose, poichè in generale i patti non producevano se non obbligazioni naturali, e poichè le promesse degli schiavi verso i loro padroni, ed anche verso de' terzi, e dei padroni verso i loro schiavi, de' figli di famiglia verso i loro padri, o del padre verso suo figlio, erano parimenti obbligazioni naturali (2). Non dovea dunque far maraviglia che l'adempimento di queste obbligazioni, anche per errore, non desse luogo alla ripetizione. Ma appresso noi le obbligazioni naturali sono più rare: le loro cause non vengono determinate dalla legge, come lo erano generalmente nella legislazione romana: è cosa di coscienza; e se i compilatori del Codice non vollero, e con ragione, che colui il quale aveva creduto di dover obbedire alla sua coscienza venisse poi a smentirla, potettero volere benanche, e tale sembra essere stata la loro intenzione, che quegli il quale non pensò ad adempiere un simile dovere, ma al contrario pagò per errore ciocchè non potevasi pretendere da lui, potesse ripeterlo.

L'art. 1558 c. c. = 1292 ll. cc. avvalora benanche questa opinione: esso riguarda come una conferma perfetta la volontaria esecuzione di un' obbligazione soggetta ad annullamento o a rescissio-

(1) V. tomo X, n.º 35.

(2) V. tomo X, n.º 36 e seguenti.

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 701
ne, la quale obbligazione spesso è un'obbligazione naturale; ma allorchè la conferma sia avvenuta per mezzo di un atto, allora richiede, perchè la parte confermi in cognizione di causa, che questo atto contenga la sostanza dell' obbligazione confermata, la menzione del motivo dell' azione per rescissione o per nullità, e l' intenzione della parte di riparare il vizio su cui quest'azione era basata: il che prova che la legge volle aver riguardo ai fatti ed agli atti avvenuti con cognizione di causa, e non a ciò che fosse soltanto effetto dell' errore.

681. Così, supponiamo che un debitore fallito abbia fatto un accordo coi suoi creditori col quale costoro gli hanno rilasciato il cinquanta per cento sul valore de' rispettivi crediti; che questo debitore, o il suo erede, credendo di dovere ad uno di essi la somma di 15,000 franchi, mentrechè secondo la riduzione fatta in virtù dell' accordo, non gli doveva più di 12,000 fr., gliene abbia pagato 15,000 per un errore di fatto: secondo il dritto romano, non avrebbe potuto ripetere i 3,000 franchi di più, attesochè eravi debito naturale, non essendosi fatta la rimessione volontariamente, ma per trarre miglior partito dai crediti, lasciando il debitore alla testa de' suoi affari per ristabilirli. Appo noi puranche avvi certamente debito naturale in simil caso, e ciò è sì vero che il fideiussore, come già lo dicemmo, non profitta dell' accordo (1); il che

(1) *F.* tomo X, n.º 540 e tomo XII, n.º 376.

suppone evidentemente di esservi ancora debito naturale per la parte rimessa. E nondimeno è indubitato che il debitore potesse ripetere i tre mila franchi da lui pagati per errore al di là della somma cui era stato ridotto il suo debito per effetto dell' accordo: per lo che non può essergli opposta la compensazione per la parte rimessa dal creditore divenuto poi suo debitore (1).

Secondo coloro i quali credono che i debiti di giuoco vietato, ed anche di giuoco di ginnastica, sieno debiti naturali (2), converrebbe dire che il pagamento di un debito di questa specie, benchè eseguito per errore di fatto, non dovrebbe esser soggetto a ripetizione, se si dovesse ammettere che il pagamento di un debito naturale non vi è soggetto, o che sia avvenuto per errore di fatto, o che sia avvenuto volontariamente; e ciò non può sostenersi seriamente secondo il Codice. Ed in fatti suppongasì che io paghi un biglietto del mio autore, da lui firmato per un debito di giuoco, lo che io ignorava, e che di poi io scopra lettere della persona a cui ho fatto il pagamento, colle quali gli aveva dimandato la somma che il mio autore le doveva a questo titolo, lettere che non lasciano alcun dubbio sulla natura del debito: altronde ei lo

(1) *V.* tomo XII, n.º 402.

(2) Non è questo il nostro avviso allorchè si tratti di un *giuoco di ginnastica*. *V.* cioèchè dicemmo a tal riguardo nel tomo X, n.º 370, dove spieghiamo il vero motivo per cui è vietata la ripetizione di cioèchè siasi volontariamente pagato, se non vi sia stata truffa o soverchieria.

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 703
 confessa. Or in questo caso, ed ammettendo ch'eravi debito naturale, la ripetizione, a parer nostro, dovrebbe aver luogo; mentrechè non avrebbe luogo al certo se il pagamento si fosse fatto in cognizione di causa, poichè il perdente non può ripetere quanto avesse *volontariamente* pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa (art. 1967 c. c. = 1839 ll. cc.), ed in conseguenza debb'essere lo stesso del suo rappresentante. Ma nella specie vi è stato luogo alla ripetizione, giacchè il debito di giuoco non produceva azione veruna (art. 1965 c. c. = 1837 ll. cc.); mentre il perdente, ed il suo erede in conseguenza, aveva una eccezione perentoria per far rigettare *de plano* la dimanda che si fosse intentata contra di lui: or anche secondo le leggi romane, chi poteva opporre una eccezione perentoria ed abbia pagato per errore, ha l'azione di ripetizione, attesochè in questo caso l'obbligazione esisteva *nomine tenus*; l. 26, § 3; l. 40, *princip.*, e l. 54, ff. *de condict. indebit.*

682. Circa alla quistione se il pagamento fatto per errore di dritto, di una cosa che non era dovuta anche naturalmente, sia sottoposto a ripetizione, la risolvemmo precedentemente per l'affermativa, trattando dell'*errore*, tomo X, n.º 127 e seguente, dove citiamo un arresto di cassazione del 24 gennaio 1807 (1), chè confermò la nostra opinione su questa agitatissima controversia.

(1) *Sirey*, 27, 1, 350.

Ma se vi fosse debito naturale, il pagamento fatto per errore di dritto non sarebbe soggetto a ripetizione (1).

683. Vi è un' altra quistione ugualmente importante, quella se colui il quale abbia consegnato per errore un immobile ch'è stato di poi venduto o donato dalla persona a cui l'avea consegnato, possa, quando abbia scoperto il suo errore, rivendicarlo dalle mani del terzo? Per esempio, mio zio, di cui sono crede, vi avea legato col suo testamento il tale immobile: voi vi siete fatto rilasciare da me questo legato, il che non ha incontrato alcun ostacolo, ed avete venduto o donato l'immobile a Paolo. Posteriormente io ho scoperto un testamento olografo di data posteriore che revocava il vostro legato (2). Ho io mai la rivendicazione contro Paolo, soprattutto nel caso in cui avessi acquistato la cosa a titolo gratuito?

Affrettiamoci a dire che non l'avrei avuta nel dritto romano, nè nell' antica giurisprudenza, come lo dichiara Pothier nel suo trattato *del Pro-mutuo*, o del pagamento dell' indebito. Le leggi romane altro non accordavano a chi aveva pagato per errore ciocchè non doveva, poco importa che fosse un mobile o un immobile, se non una semplice azione personale, *condictio indebiti*, contra co-

(1) V. pure ciocchè si disse nel tomo X, n.º 128.

(2) Nel dritto romano eravi luogo all' azione di ripetizione in questo ed altri simili casi; l. 2, ff. *de condict. indebit.*; ma quest' azione era compresa fra le azioni dette *personali*.

lui il quale avea ricevuto la cosa e contra il suo erede, ina non la rivendicazione contra i terzi. Nei titoli del Digesto e del Codice su questa materia sol parlasi *de condictione*: or le *condictiones* erano azioni soltanto personali.

La ragione di ciò dipendeva dacchè, sebbene chi aveva pagato si fosse ingannato sulla causa per la quale credeva di pagare, nondimeno il suo consenso ad effetto di trasferire la proprietà, quando pagava non era dubbioso, poichè chi paga vuole evidentemente rendere il creditore proprietario della cosa pagata. L'errore cadeva dunque sulla *causa* della tradizione, e non sull'*oggetto* stesso di questa tradizione. Quindi se fosse caduto sulla cosa ch'era stata consegnata, avrebbe impedito il trasferimento della proprietà, ed in conseguenza chi avesse fatto questa tradizione avrebbe avuto la rivendicazione propriamente detta contra qualsivoglia detentore della cosa consegnata.

In tal modo, secondo la l. 35, ff. *de acquirend. rer. domin.*, il mandatario o il tutore che consegna a qualcuno la propria cosa credendo di consegnar quella del mandante o del pupillo, non ne trasferisce la proprietà, ma ne rimane sempre padrone: *Si procurator meus vel tutor pupilli, rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio: quia nemo errans rem suam amittit.*

Ma avveniva il contrario nel caso del pagamento fatto per errore, di una cosa che non era dovuta:

non cadendo l'errore sulla cosa stessa che veniva consegnata, ma soltanto sulla cagione per la quale lo era; i giureconsulti romani avevano scorto, in chi aveva pagato, la volontà di conferire la proprietà della cosa; ed in chi aveva ricevuto, la volontà di acquistarla; e ciò era loro sembrato bastante per operare il trasferimento del dominio, ed estinguere ogni rivendicazione. Soltanto siccome sarebbe stato contrario all'equità che colui il quale aveva ricevuto indebitamente si arricchisse a spese di chi aveva fatto questo pagamento per errore (1), accordavano a quest'ultimo un'azione personale per ripetere la cosa, *condictio indebiti*, affinchè il convenuto lo rendesse a sua volta proprietario; ma non era concessa alcuna azione contra i terzi detentori. E le ipoteche, i dritti di usufrutto o altri, stabiliti da chi aveva ricevuto la cosa non dovuta, erano in conseguenza conservate. Tal'era il sistema delle leggi romane su questa materia, ed i nostri autori lo hanno sempre seguito. La quistione consiste in conoscere se debb'essere abbracciato vigente il Codice.

Primieramente non temiamo di dire che questa distinzione tra il caso in cui, credendo falsamente di doverti un fondo, per esempio, te lo consegno, ed il caso in cui credendo di consegnarti la cosa del mio pupillo, ti consegno la mia, avea per fondamento una mera sottigliezza. Imperocchè la vo-

(1) L. 14, ff. *hoc tit.*

lontà del padrone della cosa, di conferirne la proprietà all' altra parte, non esisteva viemaggiormente in un caso che nell' altro con ciò che dev' essere necessario perchè questa tradizione si rendesse efficace : or tostochè non vi era alcuna causa al pagamento , questo non era tale in realtà , ma era un pagamento *nomine tenus*, poichè ogni pagamento suppone un debito, secondo le stesse leggi romane. Era dunque una tradizione fatta senza causa, senza motivo, in conseguenza *nuda traditio*: e bene! nello stesso dritto romano una nuda tradizione non operava il trasferimento di proprietà: *numquam nuda traditio transfert dominium*, dice Paolo nella l. 31, ff. *de adquir. rer. domin.*: SED ITA SI VENDITIO AUT ALIQUA JUSTA CAUSA PRÆCESSERIT PROPTER QUAM TRADITIO SEQUERETUR. Or non eravi *juxta causa* nel pagamento di una cosa che non era dovuta ; eravi soltanto un' *opinione* , un *errore* , ed appunto su questa *opinione* si raggirava tale sistema : la finzione produceva qui lo stesso effetto della verità : e ciò non avrebbe dovuto essere così.

Ma , si dirà , i terzi non dovevano soffrire da questo errore : sia pure ; nondimeno , risponderemo da parte nostra, essi avrebbero potuto soffrirne , se colui al quale io aveva consegnato la mia cosa credendo di consegnar quella del mio pupillo , l' avesse venduta e consegnata , poichè io avrei avuta la rivendicazione contra l' acquirente. Quindi i giureconsulti romani non si erano determinati in virtù di questa considerazione.

Checchè ne sia, la quistione è infinitamente grave vigente il Codice.

Secondo l'art. 2125 c. c. = 2011 ll. cc., il quale non distingue tra le cause che possono produrre lo scioglimento del dritto di chi ha concesso ipoteche sopra un immobile di cui sia poi evinto, sembrerebbe ben difficile il mantener quelle che avesse costituite sull'immobile consegnato indebitamente colui il quale lo ricevè.

Sembrerebbe anche ben difficile il sostenere che il suo acquirente, il quale non ha ancora prescritta la proprietà, debba nondimeno esser considerato come proprietario; imperocchè secondo l'art. 2182 c. c. = 2076 ll. cc., il venditore non trasmette all'acquirente se non i dritti che aveva sulla cosa venduta. Or non ne avea che risolvibili.

Ma, si opporrà secondo le leggi romane, il venditore nella specie era proprietario, il che rende inapplicabile questo articolo, ed anche il primo citato.

A ciò si risponde con la nuova massima che la proprietà è oggidì trasferita per effetto della sola obbligazione: « L'obbligazione di consegnare la
« cosa è perfetta col solo consenso de' contraenti.
« Essa costituisce proprietario il creditore dal mo-
« mento in cui dovette essere consegnata (art. 1138
« c. c. = 1092 ll. cc.): » or per chi ricevette la
cosa che non gli era dovuta, eravi *obbligazione di restituirla* fin dall'istante in cui la ricevè; art. 1376 c. c. = 1330 ll. cc.

Si dirà mai che questo articolo dispone sul caso

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 709
di un contratto, lo che indicano le parole *parti contraenti*, nonchè il titolo sotto il quale esso è situato, mentre che noi ragioniamo nella specie di un quasi contratto? Ma primieramente questa differenza altererebbe mai la quistione? No al certo; giacchè importa forse che in un caso la cosa debba consegnarsi in virtù di un contratto, e nell' altro debba restituirsi in ragione di un quasi contratto? In entrambi avvi *obbligazione*, e se si dovesse fare differenza, dovrebbe esserlo a vantaggio di colui al quale la cosa è dovuta in ragione del quasi contratto; giacchè la proprietà dovrebbe viepiù facilmente ritenersi che acquistarsi. Altronde l'art. 711 c. c. = 632 ll. cc. dice in modo generale che *la proprietà si acquista per effetto delle obbligazioni*: dunque ricevendo indebitamente l'immobile, colui al quale siasi consegnato ha contratto l'obbligo di restituirlo, all'istante medesimo in cui, secondo il dritto romano, n'è divenuto proprietario: dunque non ha potuto trasmetterne la proprietà ad un altro, giacchè niuno può trasmettere maggiori dritti di quelli che ha.

La più grave obbiezione che si possa fare è at-
tinta dall'art. 1580 c. c. = 1334 ll. cc., il quale
dispone che se colui che ha ricevuto in buona fede
la cosa, l'abbia venduta, non deve restituire al-
tro se non il prezzo che ne ha ritratto; e ciò sem-
bra applicarsi al caso in cui fosse un immobile, co-
me a quello in cui fosse un mobile, poichè nel-
l'articolo precedente si suppone l'uno e l'altro: or,

si dirà , se chi ha pagato indebitamente potesse rivendicare l'immobile da lui consegnato , è questo il partito che prenderebbe, anzichè ricevere soltanto il prezzo della vendita , se questo prezzo fosse inferiore al valor dell'immobile : in conseguenza era inutile il dire che colui il quale ab'ia ricevuto in buona fede non deve altro restituire che questo medesimo prezzo.

Puossi nondimeno rispondere che ciò era utile a dirsi pei casi più ordinarj , quelli in cui siasi per errore pagata una cosa mobile , la quale non potrebbe rivendicarsi dalle mani di un terzo , stante la regola *in fatto di mobili il possesso vale per titolo* (art. 2279 c. c. = 2185 ll. cc.); e nondimeno non sarebbe stato giusto che colui il quale l'avesse ricevuta e venduta di poi in buona fede, fosse obbligato di restituire oltre ciò che ne avesse ritratto. In secondo luogo, anche nel caso in cui si trattasse di un immobile , potrebbe darsi che il terzo ne avesse prescritto la proprietà con dieci anni fra presenti e venti fra assenti al momento in cui si discoversse l'errore , e conveniva determinare eziandio in questo caso ciocchè potesse dimandare chi avesse pagato indebitamente, a colui il quale avesse ricevuto l'immobile. In fine potrebbe darsi ancora che il terzo non avesse prescritto , e che colui il quale ha consegnato indebitamente l'immobile non volesse rivendicarlo , perchè quest'immobile si trovasse di aver subito notabile cangiamento; che preferisse di dimandarne la stima ; ed in questo caso benanche conveniva stabilire il regresso.

Nella contraria dottrina si dovrebbe pur dire, e pei medesimi motivi, che colui il quale ammise indebitamente alla divisione di un'eredità qualcuno da lui creduto parente legittimo del defunto, mentrechè non lo era, non ha azione contra i terzi ai quali questo condividente vendè i beni che il vero erede gli rilasciò per errore; e nondimeno la Corte di Douai, in un caso nel quale una simile divisione era anche avvenuta per errore di dritto, ed i cui beni erano stati parimente alienati, accolse la rivendicazione contra i terzi acquirenti. Citiamo la specie di tale decisione nel tomo I, n.º 576.

Del resto confesseremo che la quistione è delicata, ma incliniamo nondimeno alla rivendicazione, credendo che nei casi di pagamento d'immobili per effetto di errore, vi sia luogo alla rivendicazione contra i terzi acquirenti finchè costoro non abbiano prescritta la proprietà; che non debbasi fare alcuna differenza nel dritto attuale tra il caso in cui siasi in forma di pagamento consegnato l'immobile senza esser dovuto, ed il caso in cui lo sia stato in esecuzione di un atto contenente errore; che ciò soprattutto è vero particolarmente nel caso in cui il terzo avesse ricevuto l'immobile a titolo gratuito; ma che nel caso che lo fosse a titolo oneroso, e per effetto di pagamento eseguito per errore, chi ha indebitamente pagato dovrebbe fare indenne chi ha ricevuto in buona fede ed alienato poi l'immobile, da tuttociò che quest'ultimo sarebbe tenuto di rimborsare al suo acquirente evinto, oltre il

prezzo convenuto. Si seguirebbe così lo spirito dell'art. 1380 c. c. = 1334 ll. cc., il quale non vuole che una persona che ha ricevuto in buona fede, e che ha venduto la cosa, sia esposta a perdere del suo.

684. Quando uno che per errore si credeva debitore, ha pagato il debito di un altro, ha pure il dritto della ripetizione contra il creditore (art. 1377 c. c. = 1331 ll. cc.), come colui il quale ha pagato per errore una cosa che non era dovuta da alcuno. Tale era la disposizione delle leggi romane; l. 19, § 1, ff. *de conduct. indebit.* Nella specie di questa legge uno il quale si credeva erede di Tizio aveva pagato al creditore di costui, ed era di poi stato evinto dell'eredità. Il giureconsulto Pomponio dice che il vero erede non è liberato (giacchè il pagamento non è stato fatto in suo nome), e chi ha pagato può ripetere, perchè non era debito suo: *Quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit.* Si rinviene simile disposizione nella l. 65, § 9, medesimo titolo, e la l. 44 *cod. tit.: Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tamen si ab alio quam vero debitore, solutum est* (1), non è contraria. Imperocchè la medesima deve intendersi del caso in cui chi ha pagato il debito di un altro, lo ha pagato in nome del debitore. Questa interpretazione è tanto più naturale, in quan-

(1) V. nondimeno la l. 5, *Cod. de petitione hereditatis*, e la conciliazione che danno i Professori di Lovanio, *Recitationes ad Pandectas, tit. de conduct. indebiti*, § 117.

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 715

tochè il cennato testo è del giureconsulto Paolo , autore puranche della suddetta l. 65 : il che non permette di credere che siavi antinomia. Si assegna pure un' altra interpretazione, ma è inutile di esporla qui.

685. Nondimeno il dritto di ripetizione cessa allorchè il creditore si è privato del suo titolo per effetto del pagamento che gli è stato fatto dal terzo, salvo il regresso di costui contra il vero debitore (medesimo art. 1577 c. c. = 1331 ll. cc.) ; il che nondimeno deve intendersi del caso in cui il creditore siasi privato del suo titolo in buona fede; imperocchè se avesse saputo che colui il quale gli fece il pagamento per errore non era suo debitore, e se non lo avesse avvertito, la sua mala fede lo renderebbe indegno del beneficio dell' eccezione introdotta in suo favore. Questa eccezione ha per fondamento la buona fede , e non la frode : or vi sarebbe frode in questo caso , quando anche non avesse adoperato alcun rigiro per far credere al terzo di essere suo debito. Questa dissimulazione è un vero dolo: egli si è diportato come creditore di chi lo pagava , ed assumeva così una qualità che non aveva a suo riguardo.

Devesi assimilare al creditore che abbia soppresso il suo titolo per effetto del pagamento fatto da un terzo , il creditore il quale per la medesima causa abbia trascurato di procedere contra il suo vero debitore, nel caso in cui il debito si trovasse prescritto al momento che il terzo si facesse a spe-

rimentare contro di lui la ripetizione. È questa puranche una vera soppressione di titolo, se non è quella dell'atto, *instrumentum*.

686. Si offre su questo articolo una importante quistione, quella se nel caso di una espropriazione forzata l'aggiudicatario venga ad essere evinto da un terzo (1), abbia l'azione di ripetizione del suo prezzo contra i creditori ai quali lo pagò?

Nel dritto romano disponevasi che il creditore il quale aveva fatto vendere i beni a lui obbligati, non era sottoposto all'azione dell'acquirente, il quale veniva ad essere evinto, ammenochè non avesse promesso la garanzia, o non fosse in mala fede, sapendo che la cosa non apparteneva al suo debitore; l. 1 e 2, Cod. *creditorum evictionem pignoris non debere*.

In effetti il creditore, facendo vendere il pegno, agiva in virtù del potere che gliene avea dato il debitore pel caso in cui il medesimo non pagasse il suo debito; e quest'ultimo in realtà era il venditore. Adunque il creditore non contraeva alcuna obbligazione personale; salvo quella che fosse risultata da una promessa da parte sua, o dal suo dolo.

E intendevasi con ciò che il creditore neanche doveva all'acquirente evinto la restituzione del prezzo che costui gli aveva pagato *propter pignus*. Era ne motivo che l'acquirente non doveva in realtà il

(1) Imperocchè l'aggiudicazione non trasmette all'aggiudicatario sull'immobile aggiudicato altri dritti che quelli che aveva sopra di esso il debitor pignorato; art. 731 c. pr. = 816 ll. pr. civ.

suo prezzo se non a colui dal quale era riputato di ricevere la cosa ; e pagandolo al creditore , lo pagava *nomine debitoris* : or chi paga in nome di un aliro non può ripetere dal creditore il quale ricevè soltanto ciò che eragli dovuto ; imperocchè, come lo dice la l. 44, ff. *de condict. indebit.* citata più sopra, *nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore, solutum est.*

È come se l'acquirente avesse pagato al debitore medesimo , e costui avesse di poi consegnato il danaro al creditore per liberarsi verso di lui : or sicuramente in tale ipotesi l'acquirente non avrebbe potuto reclamarlo da quest'ultimo ; giacchè pagandolo al debitore , ne avrebbe conferita al medesimo la proprietà , ed il debitore , pagandolo al suo creditore , ne avrebbe renduto costui proprietario. In effetti chi ha ricevuto dal suo debitore l'importare del suo credito in danaro derivante da una cosa venduta da quest'ultimo , e di cui l'acquirente è stato di poi evinto , non fu mai costretto di restituire a questo acquirente le monete che costui aveva pagato per suo prezzo al venditore ; e vie maggiormente ciò non potrebbe pretendersi nel nostro dritto, nel quale in fatto di mobili il possesso vale per titolo.

Si opporrà al certo che il creditore doveva far vendere soltanto i beni appartenenti al suo debitore ; che egli è in colpa per aver dimandata la spropriazione di un immobile il quale spettava altrui ; che stante ciò deve riparare il danno da lui cagio-

nato all'aggiudicatario; che vi è tacita obbligazione da parte sua, che l'aggiudicatario il quale si obbliga a pagargli il prezzo dell'aggiudicazione avrà un'aggiudicazione che gli trasferisce realmente la proprietà dello stabile; ch'è questa la condizione con la quale soltanto intende pagare il suo prezzo, e mancando essa, il prezzo si trova di essersi pagato a siffatto creditore *sine causa, seu causa data, causa non secuta*.

Si è pocanzi veduto che non così consideravasi la cosa nel dritto romano; ed effettivamente sarebbe un errore il supporre che il creditore il quale dimanda in buona fede la spropriazione di beni posseduti dal suo debitore, con questo fatto contragga pur egli obbligazioni verso gli aggiudicatarij: egli non fa che eseguire il mandato tacitamente convenuto fra ogni debitore ed il suo creditore, che se il primo non adempie le sue obbligazioni, il secondo potrà far vendere i suoi beni. Ma in realtà il debitore espropriato è il venditore, ed egli deve la garanzia agli aggiudicatarij, se mai sieno evinti, poichè il lor danaro gli ha liberati verso i suoi creditori. A lui puranche si reputa che questo danaro siasi sborsato; giacchè se lo sia stato in realtà ai creditori, si reputa che i medesimi lo abbiano riscosso. Non avvi dunque luogo a ripetizione contro di essi, ma soltanto all'azione in garanzia contra il debitore.

Nonpertanto dobbiam dire che così non opinano unanimemente gli autori moderni, e confesse-

remo con franchezza che la quistione è delicata. Terribile nell'articolo *Spropriazione* nel Repertorio di Merlin, ammette la ripetizione in favore dell'aggiudicatario evinto, contra i creditori, con la limitazione nondimeno della seconda parte dell'art. 1377 c. c. = 1331 ll. cc., cioè del caso in cui il creditore siasi privato del suo titolo.

687. Ciocchè siasi pagato prima del termine, essendo dovuto, non è soggetto a ripetizione; art. 1186 c. c. = 1139 ll. cc. Ma circa alla quistione se chi ha pagato per errore prima del termine possa obbligare il creditore a restituirgli la somma, coll'obbligo da parte del debitore di ristabilire le medesime garanzie o di pagargli l'interesse a computare dalla domanda sino al giorno ch'era stato stabilito pel pagamento, a scelta del creditore (1), vedi ciocchè dicemmo nel tomo XI, n.º 113, dove risolviamo tale quistione affermativamente.

688. Se il debito fosse sospeso da una condizione, chi lo ha pagato per errore potrebbe ripeterlo finchè non si fosse verificato la condizione; giacchè sino allora non vi sarebbe debito, propriamente parlando: *tantum spes debitum iri*; l. 16, *princip. ff. hoc tit.*

Il dritto romano purtuttavolta non accordava la ripetizione allorchè la condizione era di natura tale

(1) Noi accordiamo la scelta al creditore, giacchè può avere impiegata la somma, e non sarebbe giusto di obbligarlo a prendere in prestito: ancora questa risoluzione dovrebbe soffrire eccezione nel caso in cui fosse provato di aver ricevuto in mala fede, prima del termine, senza prevenire il debitore.

da doversi necessariamente verificare; per esempio, nel caso della condizione *cum moriar dare promissero?* l. 17 e 18, ff. *hoc tit.* Ma n'è motivo che la condizione in questo caso ne avea soltanto il nome; era questo in realtà un termine.

Nondimeno siccome essa era condizione propriamente detta nei legati (1), attesochè il legatario poteva morire prima della persona a cui applicavasi, il legato fatto sotto simile condizione, e che erasi pagato per errore prima che la medesima si fosse verificata, potevasi ripetere finchè essa non lo era. Nella specie della novazione condizionale di un debito puro e semplice tra le medesime parti, il pagamento fatto per errore, *pendente conditione*, non andava soggetto a ripetizione, secondo il giureconsulto Paolo, ma eralo secondo altri giureconsulti; l. 60, § 1, ff. *hoc tit.* Del resto tutti generalmente convenivano che lo fosse se la novazione avesse avuto luogo per intervento di un nuovo debitore; *ibid.* E circa al primo caso, vedi ciocchè dicemmo sulla novazione condizionale tra le medesime parti, nel tomo precedente, n.º 296 e seguenti: la questione riguardante il pagamento deve risolversi secondo le distinzioni che vi facciamo.

689. Nel caso di un debito alternativo a scelta del debitore, ed in cui il medesimo gli avesse per errore pagati entrambi, i giureconsulti romani non

(1) V. ciocchè dicemmo a tal riguardo, in questo caso, nel tomo IX, n.º 292.

erano di accordo sulla quistione se, sulla ripetizione di uno di essi, spettasse a lui la scelta, ovvero appartenesse piuttosto a colui il quale avea ricevuto, e che era con ciò divenuto debitore a volta sua. Ulpiano, Marcello e Celso l'attribuivano a quest'ultimo e per tal motivo (1); ma Papiniano, il cui parere fu seguito da Giustiniano, diceva con ragione, di esservi bisogno, affinchè il pagamento non nuocesse in cosa alcuna a chi lo avea fatto, che egli avesse la scelta come prima; l. 10, Cod. *de conduct. indebit.*

690. Se credendo di dovere 20,000 allorchè ne dovea soltanto 10,000, io abbia dato in pagamento un fondo del valore di 20,000 fr., Ulpiano, secondo Marcello, dice nella l. 26, § 4, ff. *hoc tit.*; che io posso ripetere il fondo, coll'obbligo di pagare i 10,000 che doveva; che il creditore non può pretendere che il fondo debba essere comune, attesochè io non posso essere costretto a trovarmi in comunione mio malgrado: *Nemo enim invitus compellitur ad comunione*. Crediamo che la quistione nel nostro dritto dipenderebbe molto dalle circostanze, nel caso in cui il creditore avesse ricevuto il fondo in buona fede; e che anche in questo caso, se il debitore non volesse la comunione, potrebbe essere ammesso a serbare il fondo per intero coll'obbligo di pagare all'istante i 10,000 fr., oltre quelli ch'erano dovuti. L'obbiezione desunta

(1) V. la l. 26, § 13, ff. *de conduct. indebit.*

dacchè il debitore non si sarebbe forse disfatto del suo fondo se avesse saputo di dovere soltanto 10,000 fr. in vece di 20,000, non è alcetto senza qualche peso, ma altre considerazioni possono controbilanciarle possentemente. Del resto non riputiamo che il creditore, offrendo questi 10,000 fr., avesse dritto a serbare l'intero fondo nel caso in cui il debitore acconsentisse alla comunione. Certamente non vi sarebbe stato autorizzato nel dritto romano.

691. Se vi sia stata mala fede da parte di chi ha ricevuto, è egli in obbligo di restituire tanto il capitale quanto gl'interessi ed i frutti dal giorno del pagamento; art. 1378 c. c. = 1332 ff. cc.

Per conseguenza nel caso in cui è in buona fede, è tenuto dei frutti e degl'interessi soltanto dal giorno della dimanda di restituzione.

E tale restituzione deve farsi non solo a chi ha pagato da sè stesso, ma ancora a colui il quale ha pagato per mezzo di un mandatario; l. 57, ff. *hoc tit.*

692. Nel dritto romano chi aveva ricevuto anche in buona fede, restituiva i frutti da lui raccolti, dedotte però le spese; ll. 15 e 65, § 5, ff. *hoc tit.* Ciò dipendeva dacchè non doveva in alcun modo arricchirsi in ragione di questa cosa; giacchè in realtà sarebbe stato arricchirsi a spese di colui che gliel'avea pagata per errore. Nondimeno non avrebbe dovuto l'interesse della somma ricevuta in buona fede, anche nel caso in cui l'avesse impiegata ad interesse; attesochè gl'interessi non sono

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 721
prodotti dal danaro stesso, ma provengono dalla stipulazione che si fa, *occasione pecuniæ*. Altronde l'impiego era a rischio suo. Avveniva altrimenti quando egli era in mala fede; ma allora doveva gl'interessi ad un altro titolo, cioè a titolo di danni ed interessi.

693. Se la cosa indebitamente ricevuta è un immobile, o è un corpo mobile, quegli che l'ha ricevuta è obbligato a restituirla in specie quando esista, o il suo valore, quando sia perita o deteriorata per di lui colpa (1): è altresì tenuto alla perdita per caso fortuito, se l'ha ricevuta in mala fede; art. 1379 c. c. = 1333 ll. cc.

Vien trattato come lo è il ladro nell' art. 1302 c. c. = 1256 ll. cc.; ma del pari, secondo ciò che dicemmo su quest'ultimo (2), ed *a fortiori*, se la cosa sarebbe ugualmente perita presso chi l'ha consegnata, siccome la mala fede dell'altra parte non gli avrebbe in realtà cagionato alcun detrimento, ed i danni ed interessi altro non sono che la compensazione della perdita che taluno ha sofferto e del guadagno di cui è stato privato (art. 1149 c.

(1) Quindi non gli si applica la regola *qui rem quasi suam neglexit, nulli culpæ subicitur*, come vien applicata all'acquirente evinto, nel caso preveduto dall' art. 1631 c. c. = 1477 ll. cc.

Del resto la diminuzione di valore risultante da una semplice negligenza da parte di chi ha ricevuto in buona fede la cosa, non lo assoggetterebbe a danni ed interessi: egli non deve soffrire da questo pagamento. La legge lo rende responsabile soltanto della sua colpa; il che in conseguenza si stima secondo le circostanze della causa.

(2) Tomo precedente, n.º 506.

722 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
c. = 1103 ll. cc.), non esitiamo a credere che non se ne dovrebbero in questo caso: ciò sarebbe realmente un arricchirsi a spese altrui.

694. E poichè quest'azione ha per fondamento l'equità, l'equità da un'altra banda vuole puranche che colui il quale ha ricevuto in buona fede la cosa, e che non si trova per essa più ricco al tempo della dimanda di restituzione, nulla debba restituire. Ecco perchè nel dritto romano, allorquando erasi pagato indebitamente uno schiavo, e chi lo aveva ricevuto in buona fede lo aveva manomesso, non eravi più azione; l. 65, § 8, ff. *hoc tit.* E se lo avesse venduto, non era obbligato a restituire altro se non il prezzo ritrattono; l. 26, § 12, *eod. tit.* Tanto pure dispone formalmente il Codice; art. 1380 c. c. = 1334 ll. cc. Se non erasi ancora pagato alcun prezzo al momento in cui sperimentavasi la ripetizione, poteva egli liberarsi cedendo la sua azione contra il compratore; ed avverrebbe senza dubbio lo stesso nel nostro dritto; art. 1303 e 1379 c. c. = 1257 e 1333 ll. cc. insieme combinati.

695. Colui al quale è restituita la cosa, deve rimborsare, anche al possessore di mala fede, tutte le spese necessarie ed utili che sono state fatte per la conservazione della cosa medesima (art. 1381 c. c. = 1335 ll. cc.); imperocchè niuno dee tampoco arricchirsi a sue spese.

Generalmente in dritto non si chiamano spese *utili* quelle che sono state fatte per la *conservazione* della cosa, ma vengono dette spese *necessarie*;

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 725

e se ne deve il valore a chi le fece, chiunque esso sia, purchè non siasi speso oltre ciò che richiedevano i bisogni della cosa: altrimenti il di più non potrebbe essere annoverato fra *le spese necessarie*.

Circa alle spese semplicemente utili o di *migliorie*, convien distinguere tra il caso in cui chi ha ricevuta la cosa l'ha ricevuta in buona fede, ed il caso nel quale l'ha ricevuta in mala fede. Nella prima ipotesi devesi farlo indenne della somma da lui erogata, e non soltanto rimborsargli la plusvalenza della cosa: *inter errantem et patientem nulla est dubitatio*. Per risolverlo così, puossi trarre argomento dall'art. 1634 c. c. = 1480 ll. cc., secondo il quale il venditore è tenuto a far rimborsare il compratore evinto da chi ha rivendicato il fondo, di tutte le riparazioni e miglioramenti utili che vi abbia fatto; e siccome il proprietario è obbligato anch'egli di rimborsarne il possessore soltanto fino all'aumento di valore che ne ha ricevuto il fondo (art. 555 c. c. = 480 ll. cc.), spetta al venditore rimborsare il resto, se ve ne sia. Le spese di registro ed altre spese di pagamento dovrebbero del pari rimborsarsi a chi ha ricevuto la cosa in buona fede. Ma circa alle spese voluttuose o di delizia che avesse fatte sopra un immobile consegnato indebitamente, non vi sarebbe luogo a rimborsarle, se non purtuttavolta fino all'aumento di valore che avessero effettivamente procurato; giacchè allora apparterrebbero alle spese utili o di migliorie: ma il resto non gli sarebbe dovuto, poi-

★

chè un venditore stesso non deve sopportare queste specie di spese, se abbia venduto in buona fede il fondo altrui; art. 1635 c. c. = 1481 ll. cc., e contrario. Egli le fece per sua sola delizia.

E se chi ricevè la cosa era in mala fede, crediamo che l'altra parte avrebbe dritto di obbligarlo a toglier via le sue costruzioni e piantagioni, ed a sue spese, o a ritenerle; ma allora coll'obbligo di pagargli il prezzo del lavoro e de' materiali, senza aver riguardo all'aumento di valore che ne sia potuto risultare pel fondo. L'art. 555 c. c. = 480 ll. cc. nella sua prima parte, è applicabile puranche a questo caso; giacchè chi ha ricevuto l'immobile ben è un possessore in mala fede.

696. Infine se il pagamento non vien negato, siccome ogni pagamento suppone un debito (art. 1255 c. c. = 1188 ll. cc.), spetta a chi dimanda la ripetizione il provare che pagò senza causa, che non eravi alcun debito, che lo fece per errore, e non *animo donandi*. Ma se il pagamento sia negato, e chi reclama lo provi, spetta allora all'altra parte lo stabilire da sua banda di essergli stato fatto per una giusta causa; l. 25, ff. *de probat.*

Tanto noi già dicemmo nel tomo precedente, n.º 11 e seguenti.

CAPITOLO II.

DE' DELITTI E QUASI DELITTI.

SEZIONE PRIMA

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO.

697. *I delitti e quasi delitti sono considerati nel Codice civile soltanto pei danni ed interessi, o riparazioni civili.*

698. *La parola delitti vi è intesa in senso generico; essa comprende pure i misfatti.*

699. *Che intendasi per delitto e per quasi delitto.*

700. *Regola generale in questa materia.*

701. *A chi appartiene l'azione pubblica.*

702. *A chi appartiene l'azione civile.*

703. *L'azione pubblica si estingue colla morte dell'imputato, ma l'azione civile ha luogo contra i suoi eredi: l'una e l'altra si estinguono colla prescrizione.*

704. *L'azione civile può essere esercitata nel tempo stesso ed innanzi gli stessi giudici dell'azione pubblica: essa può esserlo pure separatamente innanzi ai tribunali civili, finchè non sia esercitata l'azione pubblica.*

705. *Quando la parte offesa che si è costituita parte civile sull'azione pubblica debba formare la sua domanda per danni ed interessi; e caso in cui non siasi costituita parte civile.*

706. *La rinuncia all'azione civile in nulla pregiudica all'azione pubblica.*

707. *Come debba intendersi la disposizione dell'art. 2 c. ist. cr., il quale dichiara prescritta l'azione civile nel tempo stesso dell'azione pubblica: distinzioni da farsi in ragione de' casi nei quali ebbe luogo il delitto o quasi delitto.*

697. Si considerano qui i delitti e quasi delitti sol per riguardo alle indennità o riparazioni civili alle

quali danno luogo , e non già per rispetto alle pene che la legge commina contra coloro che gli abbiano commessi. La repressione de' delitti e quasi delitti , instituita pel mantenimento dell'ordine sociale e della pace pubblica , appartiene ad un ordine diverso di leggi , la cui applicazione è affidata ai tribunali criminali , correzionali o di semplice polizia.

698. La voce *delitti* è qui intesa in senso generico , giacchè comprende pure i *misfatti* ; è intesa nel senso che le attribuiva il Codice *de' delitti e delle pene* , del 3 nebbioso anno IV , sotto il cui impero fu promulgato il Codice civile: oggidì , secondo le nuove leggi criminali , i fatti illeciti son classificati in misfatti , in delitti ed in contravvenzioni di polizia , e vengono giudicati , per dritto comune , o dalle Corti di assise , o dai tribunali correzionali , o dai tribunali di semplice polizia.

699. Intendesi per *delitto* ogni azione illecita dell'uomo , fatta con intenzione di nuocere o alla società , o a qualcuno.

Il fatto senza l'intenzione malefica non potrebbe costituire un delitto , e l'intenzione senza il fatto non potrebbe di vantaggio produrne alcuno. L'intenzione non ad altri è realmente manifesta che a Dio , ed altronde chi l'ebbe poteva benissimo abbandonarla.

Bisogna che il fatto sia *illecito* , contrario alla legge ; giacchè se fosse imposto o permesso dalla legge , sarebbe scevro da qualsivoglia caratteristica di

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 727
misfatto o di delitto. Chi non fa se non valersi del suo dritto, chi per esempio, alzando un muro sul proprio suolo oscura le finestre della mia casa, non commette alcun delitto; e neanche si reputa che mi nuoccia: *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet*; l. 151, ff. *de regul. juris*. *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*; l. 55, *ibid.*

Il quasi delitto è parimenti un fatto illecito che nuoce altrui, ma che avviene senza disegno di nuocere.

700. La regola in questa materia si è che ogni fatto qualunque dell'uomo, che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcirlo; art. 1382 c. c. = 1336 ll. cc.

E ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza; art. 1383 c. c. = 1337 ll. cc.

701. L'azione per l'applicazione delle pene appartiene soltanto ai funzionarj cui è affidata dalla legge; art. 1 c. ist. cr. = 2 e 3 ll. pr. pen.

Nondimeno ogni cittadino leso da un misfatto o da un delitto può produrne querela e costituirsi parte civile innanzi al giudice istruttore, sia del luogo del misfatto o delitto, sia del luogo in cui risiede l'imputato, sia del luogo dove potrà ritrovarsi; art. 65 *ibid.* = 22 e 23 ll. pr. pen.

702. Ma l'azione per riparazione del danno cagionato da un misfatto o da un delitto, o da una

contravvenzione, può esercitarsi da tutti coloro i quali hanno sofferto da questo danno; succitato art. 1.

703. L'azione pubblica per l'applicazione della pena, si estingue colla morte dell'imputato.

L'azione civile per la riparazione del danno, può esercitarsi contra l'imputato e contra i suoi rappresentanti.

L'una e l'altra si estinguono colla prescrizione; art. 2 *ibid.* = 4 *ibid.*

704. L'azione civile può essere sperimentata innanzi ai giudici stessi e nel tempo stesso dell'esercizio dell'azione pubblica.

Può esserlo anche separatamente innanzi ai tribunali civili; ed in questo caso l'esercizio ne è sospeso finchè non siasi pronunziato diffinitivamente sull'azione pubblica intentata prima o durante l'esercizio dell'azione pubblica; art. 3 *ibid.* = 5 *ibid.*

705. Se la persona lesa da un misfatto siasi costituita parte civile, e l'accusato sia stato dichiarato colpevole dal giurì, deve formare la sua domanda per danni ed interessi prima della sentenza: dopo questo termine dev'essere dichiarato inammissibile; art. 359 *ibid.* = 42, 44 e 45 *ll. pr. pen.*; il che deve intendersi nel senso che sarà inammissibile anche innanzi ai tribunali civili (1).

Se non siasi costituita parte civile nel giudizio, ha la sua azione innanzi ai tribunali civili (medesimo articolo, ultimo paragrafo), giacchè allora essa è un *terzo* circa alla sentenza (2).

(1) *V. sopra*, n.º 497.

(2) *V. ibid.*

Ma se l' accusato sia stato assoluto, la parte offesa, siasi oppur no costituita parte civile, non ha più alcun' azione per ragione del *fatto* (1).

706. Infine la rinunzia all' azione civile non può arrestare o sospendere l' esercizio dell' azione pubblica; art. 4 *ibid.*

707. Queste disposizioni sono semplici e chiare: nondimeno evvene una la quale non lascia di presentare una grave difficoltà, ed è quella che riguarda la prescrizione dell' azione civile, la quale, secondo gli art. 637 e seguenti c. ist. cr., = 613, 614, 621 e 637 *ll. pr. pen.*, ha luogo pel medesimo elasso di tempo che è determinato per la prescrizione dell' azione pubblica: cioè con dieci anni nei casi di misfatto, con tre anni in quelli di delitti non sottoposti a qualche legge speciale, e con un anno circa alle contravvenzioni di polizia; e nei differenti casi, a computare dalle diverse epoche determinate da questi articoli.

Ed in fatti sarebbesi mai voluto, circa alla prescrizione, parlare dell' azione civile solo considerando quest' azione nei suoi rapporti coll' azione pubblica, come accessoria di questa, ed in conseguenza come intentata innanzi ai medesimi tribunali? Ma allora era inutile il farne menzione, giacchè ben era naturale che si trovasse estinta tostochè lo fosse l' azione pubblica; non dovendo i tribunali criminali occuparsi di questa, più non dovevano

(1) V. di sopra, n.º 465 e seguente.

per lo stesso motivo occuparsi di quella: non sussistendo più il principale, svaniva da sè stesso l'accessorio. Or l'art. 2 del medesimo Codice = 4 *ll. pr. pen.*, dopo aver detto che l'azione pubblica è estinta colla morte dell'imputato e che l'azione civile, per la riparazione del danno, può esercitarsi contra di lui e contra i suoi rappresentanti, soggiunge:

« L'una e l'altra azione si estinguono colla prescrizione, come è regolato nel libro II, tit. VII, cap. V *della prescrizione.* » Stante ciò, è evidente che trattasi pure dell'azione civile esercitata innanzi ai tribunali civili, poichè i rappresentanti dell'autore del fatto non possono essere convenuti se non innanzi a questi tribunali soltanto.

Da un'altra banda le azioni che nascono dai contratti, come la vendita, la locazione, il deposito, il comodato ec., sono evidentemente sottoposti alla prescrizione ordinaria di anni trenta, in conformità dell'art. 2262 c. c. = 2168 *ll. cc.*, poichè questo Codice non le assoggettò ad una prescrizione speciale; ed una delle parti nell'esecuzione o in occasione del contratto, potè commettere un fatto che fosse un vero delitto o un quasi delitto. Per esempio, se colui al quale io ho affidato un deposito venda la cosa, o in altro modo ne disponga, commette il delitto di abuso di fiducia (art. 408 c. pen. = 430 n.º 4 *ll. pen.*): or potrebbe egli mai, dopo la prescrizione dell'azione pubblica e sull'azione che io intentassi contra di lui innanzi ai tri-

bunali civili per ottenere la restituzione della cosa, oppormi la prescrizione di anni tre, a computare dal giorno in cui abbia commesso l'abuso di fiducia? No certamente; giacchè io non procederei contra di lui in ragione di un delitto, ma in ragione di un contratto, col quale erasi obbligato a restituirmi la cosa che io gli avea affidata, e la mia azione a tal riguardo dura anni trenta, senza pregiudizio ancora delle sospensioni ed interruzioni di prescrizione come di dritto.

Avvien lo stesso se io abbia dato in fitto, o abbia mutuato qualche cosa a taluno, il quale l'abbia fatto perire, anche volontariamente, nel qual caso vi sarebbe pure delitto; dappoichè subito che io avrei un'azione contra di lui per trent'anni, se non avesse commessa che una semplice colpa senza intenzione di nuocermi, per ragione almeno uguale debbo averne una di simile durata allorchè egli ha agito con intenzione di arrecarmi danno. Le colpe commesse nell'esecuzione o in occasione di un contratto, fanno parte in fatti dell'azione che produce questo contratto, ed in conseguenza per ottenere l'indennità si ha il medesimo tempo ch'è stato stabilito per la durata dell'azione, poichè è lo stesso: or dacchè la colpa ha una caratteristica abbastanza grave per costituire un delitto, non può essere questo un motivo perchè chi lo commise sia esente piuttosto dalla riparazione del danno da lui cagionato: ciò sarebbe contrario alla ragione ed alle vere regole del dritto.

Quindi tutti i fatti, qualunque sieno le loro caratteristiche, costituiscano oppur no delitti secondo le leggi criminali, che siansi commessi da una delle parti nell'esecuzione o in occasione di un contratto, non sono sottoposti, circa all'azione civile, alla prescrizione stabilita dal Codice d'istruzione criminale. L'inquilino, per esempio, il quale per animosità verso di me, e per frodare una compagnia che gli aveva assicurato mercanzie contenute nella casa da me affittatagli, abbia volontariamente appiccato il fuoco a questa casa, la quale è stata distrutta, andrà esente dall'azione pubblica in forza della prescrizione, com'è stabilita dal Codice d'istruzione criminale; ma l'azione civile per ottenere i miei danni ed interessi non sarà perciò estinta: non lo sarà che con anni trenta, poichè quest'azione non è altra che quella della locazione. Imperocchè egli si è obbligato a godere della mia cosa da buon padre di famiglia, a restituirmela al termine dell'affitto (art. 1728 c. c. = 1574 ll. cc.), e non può essere ammesso a dire di essersi esentato da quest'azione col delitto che ha commesso.

Adunque in questi ed altri simili casi non può esservi dubbio. Ma in quelli di furto, di distruzione o degradazione di cose, commesso da colui al quale non si fossero consegnati o affidati ad un titolo qualunque; la quistione se la prescrizione dell'azione civile, intentata innanzi ai tribunali civili, sia simile a quella ch'è stabilita dal Codice d'istruzione criminale, offre assai più dubbio.

Tit. IV. *Delle obblig. che si formano senza conv.* 755

In fatti gli art. 1382 e 1383 c. c. = 1336 e 1337 ll. cc. pare che sieno sottoposti alla regola generale dell' art. 2262 c. c. = 2168 ll. cc. circa alla prescrizione delle azioni cui danno luogo, poichè non è fatta eccezione per ciocchè li riguarda. Or, secondo quest' ultimo articolo, le azioni, tanto reali che personali, durano anni trenta. Sembrerebbe dunque ragionevole puranche che colui il quale ha rubato la mia cosa fosse sottoposto a restituirmela in forza di una obbligazione sì forte, ed avente la stessa durata che quella la quale avrebbe contratta se io gliel' avessi locata, data in prestito o consegnata in deposito. Il mio dritto di proprietà su questa cosa non dovè perdersi senza mia volontà.

Crediamo in fatti che la rivendicazione propriamente detta della cosa stessa, possa aver luogo contro chi l'ha sottratta e chi la detiene, o il suo erede nel medesimo caso, abbenchè si trovasse trascorso il tempo della prescrizione stabilita dal Codice d'istruzione criminale; giacchè questa prescrizione è estranea alla proprietà delle cose riguardo alle quali siensi commessi furti o altri delitti. E se chi ha derubata la cosa opponesse che in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279 c. c. = 2185 ll. cc.), e che la rivendicazione delle cose mobili, anche nel caso di perdita o di furto dura tre anni da computarsi dal giorno della perdita o del furto (*ibid.*), e sieno scorsi più di tre anni; che altronde l'attore non è più ammesso a provare adesso il furto; crediamo che i tribunali civili potreb-

hero non avere alcun riguardo a questo metodo di difesa, e che sarebbe in loro facoltà di condannare chi fosse convinto di possedere tuttavia la cosa, e di averla egli stesso o il suo autore distratta da presso il proprietario, il quale la rivendica. Imperocchè costui non intenterebbe con ciò un'azione civile di danni ed interessi per fatto di furto: reclamerebbe semplicemente la sua cosa per dritto di proprietà. Direbbe con ragione che il termine di anni tre stabilito per la rivendicazione delle cose mobili perdute o rubate; sol riguarda i terzi nelle cui mani esse si trovano; il che indicano assai chiaramente quelle parole che trovansi in fine dello stesso art. 2279 c. c. = 2185 ll. cc.: *salvo a questo (al terzo), il regresso contra colui dal quale l'ha ricevuta.* Proverebbe semplicemente un fatto di distrazione da parte del convenuto, senza che fosse per ciò in obbligo di qualificare furto questo fatto; converrebbe anche, se facesse d'uopo, che per errore siasene il convenuto impadronito, probabilmente perchè credeva di esser la sua, e costui non sarebbe ammesso a dire di aver egli commesso un furto: *Nemo allegans turpitudinem suam auditur.* Non ha potuto acquistar così la proprietà della cosa altrui, bisognandovi maggior tempo a tal uopo.

Ma l'azione civile di danni ed interessi per fatto di furto, di distruzione o degradazione di cose, commesso da chi non le deteneva in virtù di un contratto, o per ragione di misfatti o delitti che

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 755
 ledono i cittadini nella persona o nell'onore, non
 dura effettivamente se non il tempo stabilito dal
 Codice d'istruzione criminale, benchè fosse eserci-
 tata innanzi ai tribunali civili: allora l'art. 2. c.
 ist. cr. = 4 ll. pr. cr. è applicabile in tutto il suo
 tenore. Imperocchè la legge non permise che dopo
 un lungo tempo si potessero ancora provar fatti af-
 fligenti per l'ordine sociale, ed unicamente dai qua-
 li può risultare quest'azione. Essa considerò benan-
 che di aver potuto il tempo distruggere i mezzi on-
 de l'accusato di questi medesimi fatti stabilir po-
 tesse la sua innocenza.

SEZIONE II.

*Dell'azione civile risultante dai delitti e quasi delitti,
 nonchè della responsabilità di cui ciascuno è tenuto per
 riguardo a certe persone, o per riguardo alle cose che
 ha in sua custodia.*

SOMMARIO.

708. Ogni fatto qualunque dell'uomo che arreca danno ad altrui,
 obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.

709. Questi fatti sono innumerevoli, e van compresi sotto le de-
 nominazioni di misfatti, delitti, contravvenzioni di polizia o quasi
 delitti.

710. Vi si comprendono pure le colpe commesse nell'esecuzione o
 in occasione de' contratti, da una delle parti.

711. Ciascuno è responsabile benanche del danno che ha cagionato
 per sua negligenza o per sua imprudenza.

712. L'art. 1382 c. c. comprende i fatti positivi, e l'art. 1383
 c. c. anche i fatti negativi.

713. Nei contratti e quasi contratti le negligenze ed imprudenze
 commesse da una delle parti prendono il nome di colpe.

756 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*

714. *Testo dell' art. 1384 c. c. circa alla responsabilità de' fatti di un' altra persona.*

715. *Risponsabilità del padre circa ai fatti de' suoi figli minori abitanti con lui.*

716. *Risponsabilità della madre nel medesimo caso.*

717. *Rimessione circa alla controversia della collazione all' eredità, in ragion di ciò che siasi pagato pel danno cagionato dal figlio.*

718. *La responsabilità de' genitori cessa quando non abbiano potuto impedire il fatto.*

719. *Risponsabilità de' tutori.*

720. *Quid riguardo ai mariti circa ai fatti della loro moglie.*

721. *Risponsabilità de' precettori ed artigiani riguardo ai fatti de' loro allievi o apprendenti, che potevano impedire.*

722. *Hanno essi un regresso contro l' allievo o l' apprendente, se abbia oprato con discernimento.*

723. *Lo hanno mai contra i genitori? La quistione risolta con una distinzione.*

724. *I padroni ed i commettenti sono del pari tenuti pel danno cagionato dai loro domestici e garzoni nell' esercizio delle funzioni nelle quali gli hanno impiegati, e senza poter allegare che non potettero impedirlo.*

725. *Il padrone o il commettente ha il suo regresso contra il domestico o il garzone.*

726. *Il proprietario di un animale o quegli che lo ha sotto la sua custodia è tenuto del danno che ha cagionato.*

727. *Il proprietario di un edificio è tenuto del danno cagionato dalla rovina del medesimo, quando sia essa avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione o per vizio di costruzione.*

728. *Salvo, in quest' ultimo caso, il regresso contra l' architetto, se vi sia luogo.*

729. *Non conosciamo nel nostro dritto la garanzia danni infecti del dritto romano: i regolamenti di polizia vi hanno supplito.*

708. *Ogni fatto qualunque dell' uomo, che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno; art. 1382 c. c. = 1336 II. cc.*

Essendo necessario a quest' oggetto che il fatto sia

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 737.
avvenuto per *colpa*, è chiaro, come più sopra si è detto, di non essere applicabile la regola al caso in cui il fatto che *muove* ad un terzo siasi commesso da chi aveva dritto di commetterlo.

709. I fatti pei quali si può cagionar danno ad altrui sono innumerevoli; per lo che non c'impli-cheremo in alcuna particolarità a tal riguardo: basta dire che tutt' i fatti qualificati *misfatti*, *delitti* o *contravvenzioni di polizia*, dal Codice penale o da qualche legge speciale, come il Codice forestale, le leggi sui delitti della stampa, ec. ec., si trovano compresi in queste parole generali, *ogni fatto qualunque dell' uomo che arreca danno ad altrui*.

710. Vi si comprendono pure i fatti commessi da una delle parti nell'esecuzione di un contratto, o di un quasi contratto, secondo la natura o gravezza loro, e secondo la specie di convenzione onde questi fatti sieno avvenuti, ed in conseguenza secondo le distinzioni e spiegazioni da noi date precedentemente, parlando *delle colpe*, nel tomo X, n.º 597 e seguenti, e quelle che avremo ancora occasione di dare parlando de' diversi contratti.

711. Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza; art. 1383 c. c. = 1337 ll. cc.

712. Nell'art. 1382 c. c. = 1336 ll. cc. trattasi di fatti positivi, del danno cagionato *in committendo*, dicono gli autori; nell'art. 1383 si tratta

758 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
non solo di fatti positivi commessi volontariamente o per imprudenza, ma ancora della colpa di non aver fatto quel che sarebbesi dovuto fare, e quando con ciò siasi arrecato nocumento ad altrui: è questa la colpa *in omittendo*.

715. Nei contratti e quasi contratti le semplici negligenze e le imprudenze commesse da una delle parti e che hanno arrecato danno all'altro, prendono il nome generico di colpe, *culpæ*. L'inosservanza de' regolamenti di polizia, per negligenza, incuria o imprudenza, chiamasi più specialmente *contravvenzione* nel Codice d'istruzione criminale e nel Codice penale, e *quasi delitto* nel Codice civile.

Del resto vi sono casi in cui una semplice imprudenza, una disattenzione, una negligenza o inosservanza de' regolamenti di polizia, costituisce più che una contravvenzione o un quasi delitto, un *delitto* propriamente detto, nel senso delle leggi penali. Tal'è quello di omicidio o di ferite commesse per una di queste cagioni. Non è, a dir vero, un *misfatto*, ma è un delitto, punito con pena correzionale, e non già con pena di semplice polizia; art. 519 e 520 c. pen. = 375 e 376 ll. pen.

714. Secondo l'art. 1384 c. c. = 1338 ll. cc.,
« ciascuno è tenuto, non solo pel danno che ca-
« giona col proprio fatto (1), ma ancora per quel-

(1) O per propria negligenza o imprudenza, il che bisogna aggiungere o sottointendere, poichè nell'articolo precedente si credette di dover distinguere il fatto dalla negligenza ed imprudenza.

« lo che viene arrecato col fatto delle persone delle
« quali deve rispondere, o colle cose che abbia in
« custodia.

« Il padre, o la madre dopo la morte del ma-
« rito, sono tenuti pei danni cagionati dai loro fi-
« gli minori abitanti con essi.

« I padroni ed i committenti, pe' danni cagio-
« nati dai loro domestici e garzoni nell' esercizio
« delle funzioni nelle quali gli hanno impiegati (1).

« I precettori e gli artigiani, pe' danni cagionati
« da' loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui
« sono sotto la lor vigilanza.

« La predetta garentia non ha luogo, allorchè
« i genitori, i precettori e gli artigiani provano che
« essi non han potuto impedire il fatto di cui avreb-
« bero dovuto esser garanti ».

715. Il padre è responsabile del danno cagionato dai suoi figli minori abitanti con lui: se dunque il figlio sia maggiore al momento del delitto, il padre non è civilmente responsabile, benchè il figlio abitasse con sè. E *vice versa*, abbenchè il figlio fosse minore al momento del delitto, se non abitava col padre, per esempio perchè stava allora imparando un' arte o mestiere o trovavasi in educando, il padre neppure sarebbe responsabile. Ma lo sareb-

(1) Un ufficiale ministeriale è un incaricato della parte che lo adopera: in conseguenza questa parte è civilmente responsabile delle concussioni commesse dall' ufficiale nell' affare di cui è incaricato, ed in danno del terzo; Decisione della Corte di Brusselles del 10 marzo 1808; *Sirey*, 14, 2, 188.

be, anche in questo caso, se il figlio si trovava allora sotto la sua immediata vigilanza, giacchè era presso di sè al momento del fatto; e ciò quantunque il fatto non fosse stato commesso nella sua casa, ma fuori; giacchè doveva invigilare il figlio. Avvi altronde quasi sempre della colpa del padre nella mala condotta dei figli. La cattiva educazione che dà loro è perloppiù il principio delle colpe che essi commettono.

La legge non distingue tra il figlio naturale riconosciuto, minore ed abitante con suo padre o sua madre, ed il figlio legittimo; nè tra il figlio emancipato e quello che non lo è. L'emancipazione senza dubbio fa cessare la patria potestà (art. 312 c. c. = 234 ll. cc.), ma questa responsabilità ha per fondamento la *vigilanza* che deve esercitare il padre, il quale male ha fatto precisamente di emancipare il figlio.

Nulladimeno non diremmo noi lo stesso se il figlio minore, abitante con suo padre, fosse emancipato in virtù di matrimonio. In questo caso il figlio è in uno stato d'indipendenza diverso da quello di un figlio emancipato in forza di una semplice dichiarazione del padre innanzi ad un giudice di pace, e non si può rimproverare al padre lo aver maritato suo figlio allorchè siasi presentata l'occasione di farlo. Il figlio è divenuto anch'egli capo di famiglia.

716. *Dopo la morte del padre*, la madre parimente è responsabile del danno cagionato dal figlio

Tit. IV. Delle obbl. che si formano senza conv. 741

minore abitante con lei. Ella dovrebbe essere similmente responsabile se il padre fosse scomparso; giacchè allora avrebbe la vigilanza sul figlio; art. 141 c. c. = 145 U. cc. Per identità di motivi, converrebbe dir la stessa cosa se il padre fosse interdetto per demenza, o subisse la pena de' lavori forzati o della reclusione o dell'esilio; giacchè ella avrebbe benanche la vigilanza sopra i suoi figli in questi casi. Potrebbeasi eziandio risolverlo nello stesso modo, benchè si trattasse di una semplice pena di prigionia, se fosse di qualche durata; e se i genitori si trovassero separati personalmente, ed il figlio autore del danno fosse stato sottoposto alla vigilanza della madre, costei sarebbe del pari civilmente responsabile.

717. Trattando delle collazioni all'eredità, dicemmo (1) che se il figlio fosse di età bastantemente inoltrata per aver agito con discernimento, la somma che il padre o la madre fu in obbligo di pagare per indennità al terzo, deve essere conferita all'eredità di quello fra essi che la pagò; ma che nel caso contrario, è piuttosto debito del padre o della madre, che deve attribuire a propria colpa il non avere abbastanza invigilato sul figlio. Secondo questa distinzione, il padre o la madre può o pur no farsene rimborsare dal figlio, comprendendola nel suo conto di tutela o di amministrazione dei beni di lui.

(1) Nel tomo VII, n.º 367.

718. La responsabilità de' genitori cessa allorchè provano che essi non han potuto impedire il fatto di cui avrebbero dovuto esser garanti; art. 1584 c. c. = 1338 ll. cc. Ma è chiaro che non si ebbe in mira con ciò il caso in cui il figlio non abiti coi suoi genitori, per ritrovarsi imparando un' arte o mestiere o per essere in educandato, poichè in questo caso la responsabilità non esiste a loro riguardo, ma riguardo ai precettori o artigiani: ond'è che diveniva inutile lo esentarneli con una disposizione eccezionale.

Da un' altra banda non si ebbe ragionevolmente idea di dire con questa eccezione, che i genitori non sarebbero responsabili del fatto del loro figlio minore abitante con essi, allorchè questo fatto fosse stato commesso fuori la loro casa, e lungi dagli occhi loro; giacchè la responsabilità sarebbe stata per così dire illusoria, non potendo il figlio cagionare danno ad altrui se non fuori la casa paterna. Quindi il Codice sulla polizia rurale del 6 ottobre 1791, rendeva il padre responsabile dei danni cagionati nel campo altrui da suo figlio minore abitante seco, come pure del delitto di raspollatura.

Per dare un senso ragionevole a questa eccezione, crediamo che i tribunali debbano determinarsi in vista delle circostanze della causa: per esempio, se il padre o la madre fosse in età avanzata, o paralitico, o cieco, o colpito da qualche altra infermità che impedisse l'esercizio della sua vigilanza, o rendesse quasi nulla la sua autorità morale; o se

il danno cagionato fosse avvenuto in una effervescenza popolare, in cui la potestà paterna o materna sarebbe stata troppo da poco per contenere il figlio già fatto adulto: queste circostanze, ed altre ancora potrebbero, massime se i genitori non lo avessero abbandonato a colpevoli inclinazioni, nè eccitato al male con cattivi esempj, queste circostanze, diciamo, potrebbero determinare i tribunali a giudicare che non fu in loro facoltà d'impedire il fatto, onde nasceva la propria responsabilità; salvo alla parte offesa la sua azione contro il figlio.

719. Circa ai tutori, il Codice non si spiega in espresso modo sulla quistione se sieno civilmente responsabili del danno che i minori abitanti con essi avessero cagionato altrui.

Ma, secondo l'art. 450 c. c. = 373 ll. cc., siccome il tutore *deve aver cura della persona del minore*, ed in conseguenza invigilarlo; e giusta l'art. 468 c. c. = 391 ll. cc., ha benanche la facoltà di farlo correggere per le di lui mancanze, non dubitiamo che sia civilmente responsabile, verso i terzi, del danno che il minore avesse loro cagionato, ammenochè, al pari dei genitori, non provasse di non aver potuto impedire il fatto pel quale fosse convenuto in giudizio come civilmente responsabile. Avvi la stessa ragione che pei precettori ed artigiani, riguardo al danno cagionato dai loro alunni o apprendenti; e se in questo capitolo del Codice non si parlò de' tutori, egli è perchè la loro responsabilità trovavasi già implicitamente stabilita nel titolo della tutela.

Ma se il minore fosse già abbastanza provetto in età per aver oprato con discernimento, il tutore potrebbe porre nel conto delle sue spese la somma che avesse pagata per lui a tal riguardo. Nel caso contrario, essa rimarrebbe a suo carico, come proprio debito, per non avere abbastanza invigilato sul minore. Ed in nessun caso dovrebbe essere risponsabile, se quest'ultimo non abitasse con lui, benchè non si trovasse nè in educando, nè imparando un' arte o mestiere, ma in casa di un parente, o appresso qualcuno che lo avesse raccolto.

Coloro i quali hanno incarico di dirigere e d'invigilare un mentecatto sono risponsabili del danno che egli cagionasse altrui per mancanza di cura e di vigilanza da parte loro, ed il mentecatto stesso non ne sarebbe punto risponsabile, giacchè non avvi nè misfatto nè delitto, quando al tempo in cui il fatto fu commesso, la persona che lo commise si trovava in istato di demenza; art. 64 c. pen. = 61 e 62 ll. pen.

720. Il Codice civile nulla dice della risponsabilità civile de' mariti. Bisogna avere per massima (1), che tranne i casi in cui fosse stata stabilita da qualche legge particolare, come lo è pei delitti di ra-

(1) *V.* l'arresto della Corte di cassazione del 15 maggio 1813; *Sirey*, 13, 1, 365. *V.* nondimeno anche quello del 23 dicembre 1818; *Sirey*, 19, 1, 278.

Pothier, *delle Obbligazioni*, n.º 454, edizione di Debure, sembrava che riguardasse il marito come civilmente risponsabile. Ciò non è vero oggi, per massima: l'art. 1584 c. c. = 1338 ll. cc. non parla de' mariti.

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 745
spollatura dal Codice sulla *polizia rurale*, questa responsabilità non ha luogo. Se la moglie non può coi suoi contratti obbligare i beni della comunione, senza il consenso del marito, ed anche coll'autorizzazione del magistrato (salvo i casi preveduti negli art. 1426 e 1427 c. c. = 1397 e 1398 ll. cc.), viemaggiormente non può obbligare il marito stesso coi suoi delitti: per cui le ammende in cui ella fosse incorsa per misfatto non producente morte civile, non possono eseguirsi se non sulla nuda proprietà de' suoi beni personali, finchè dura la comunione; art. 1424 c. c.

721. Circa ai *precettori* ed *artigiani*, la loro responsabilità per riguardo al danno cagionato dai loro alunni o apprendenti, è pari a quella de' genitori pel danno cagionato dai loro figli minori abitanti con essi, con questa differenza nondimeno che sono responsabili quantunque gli alunni o apprendenti fossero maggiori: la legge non distingue. Spetta ad essi il non tenerli in casa propria, qualora non possano invigilarli; ma un padre non può rigettare suo figlio da casa sua, benchè il medesimo fosse maggiore, poichè deve a lui gli alimenti. Ma al pari che pel padre o per la madre, cessa la responsabilità, allorchè i precettori o artigiani provino che non potettero impedire il fatto il quale produsse questa responsabilità: per esempio, essa non ha luogo nel caso in cui l'alunno o l'apprendente trovavasi in casa de' suoi congiunti al tempo del delitto.

722. Non è dubbioso che il precettore o l'artigia-

746 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
no abbia un regresso contro l'alunno o l'apprendente per la somma che sia stato obbligato di pagare a quelli i quali avessero sofferto il danno, tranne purtuttavolta se questo alunno o apprendente avesse oprato senza discernimento; nel qual caso puossi sostenere di esser colpa del precettore o dell'artigiano il non averlo meglio invigilato, poichè era pagato a tal uopo.

723. Ma ha mai un regresso contro il padre o la madre, abbia oppur no l'alunno o l'apprendente oprato con discernimento? Nella prima ipotesi, puossi dire a pro del padre o della madre ch'è colpa del precettore o dell'artigiano il non aver bastantemente invigilato sul figlio; che il padre o la madre lo pagavano per invigilare su lui con cura maggior di quella da lui adoprata; e questo sarebbe pure il nostro parere, salvo il caso in cui si fosse specialmente convenuto che essi sarebbero responsabili di qualsivoglia danno cagionasse mai il loro figlio: allora la convenzione dovrebbe eseguirsi.

Nella seconda ipotesi, avvi maggior dubbio: non può sempre farsi lo stesso rimprovero collo stesso fondamento al precettore o all'artigiano; e se a pro del padre o della madre può dirsi che il figlio non era sotto la loro vigilanza in tempo del commesso danno, e che se per questa ragione essi non ne sono responsabili verso il terzo che lo ha sofferto, sembra conseguente che nettampoco lo sieno verso il precettore o l'artigiano medesimo; da un'altra ban-

Tit. IV. *Delle obbl. che si formano senza conv.* 747

da puossi dire che non avvì parità di motivi; giacchè evvi un contratto di mandato tra il padre o la madre ed il precettore o l'artigiano, mentre che non ce ne ha col terzo; ora il mandante deve fare indenne il mandatario delle perdite da costui sofferte in occasione della sua amministrazione, senza un'imprudenza che gli sia imputabile; art. 2000 c. c. = 1872 ll. cc. Se questa indennità sia tacitamente convenuta in un mandato ordinario, non vedesi perchè non lo sarebbe nel contratto d'insegnamento di un'arte o mestiere, o nel contratto formato col precettore o maestro di pensione: è questo puranche un vero mandato, ma con mercede. La questione, a parer nostro, dipenderebbe dunque dalle circostanze della causa; in primo luogo dalla natura della colpa dell'alunno o dell'apprendente, dal maggiore o dal minor discernimento che egli aveva quando la commise, e dalla maggiore o minor negligenza che il precettore o l'artigiano avesse posto nella vigilanza di cui era tenuto.

724. Infine *i padroni ed i committenti sono tenuti pel danno cagionato dai loro domestici e garzoni nell'esercizio delle funzioni nelle quali gli hanno impiegati*, e non vanno esenti da questa responsabilità offrendo di provare che non potettero impedire il fatto. È colpa loro l'aver adoperato persone della cui moralità non erano sicuri. Ma non puossi dir lo stesso riguardo ai genitori, i quali sono obbligati di tenere in casa propria i loro figli minori; nè de' precettori ed artigiani, giac-

748 Lib. III. *Modi di acquistare la proprietà.*
chè è necessario d'istruire i fanciulli e di dar loro
uno stato o mestiere.

Si osservi del resto che i padroni ed i commet-
tenti sono tenuti del danno cagionato dai loro do-
mestici e garzoni, sol quando il medesimo siasi
commesso nell'esercizio delle funzioni nelle quali
gli hanno impiegati. Quindi io non sono risponsa-
bile del danno che il mio domestico abbia potuto
cagionare la domenica, fuori di casa mia, per esem-
pio nella rissa insorta in una bettola; e nettampo-
co dovrei esserlo dei furti che fosse andato a com-
mettere altrove, a mia insaputa, e senza che mi
si potesse apporre alcuna imprudenza a tal riguar-
do: imperocchè non è questo un danno cagionato
nell'esercizio delle funzioni nelle quali io lo im-
piegava; non poteva io porre costui sotto chiave.

Se il conduttore di una diligenza sottragga la
valigia di un viaggiatore, l'amministrazione n'è
risponsabile, e lo sarebbe ugualmente pel furto che
egli commettesse in una casa in cui fermasi la di-
ligenza pel riposo de' viaggiatori; ma non lo sa-
rebbe per ragione di un furto che fosse andato a
commettere in qualche altra casa. Lo sarebbe pel
danno cagionato da lui in una rissa insorta in oc-
casione del servizio della diligenza, o con un viag-
giatore o con qualcuno che abbia fatto un accom-
modo alla vettura, ec.; ma nettampoco lo sareb-
be se questa rissa fosse avvenuta per tutt'altra ca-
gione, fuori il servizio dell'impiegato: per esem-
pio, se si fosse rissato in un caffè.

725. Il padrone o il commettente che, stante la sua responsabilità sia stato obbligato di pagare il danno, ha il suo regresso contro chi lo ha cagionato. Qualora sieno molti, lo ha in solido, attesochè è legalmente surrogato all'azione di colui al quale erasi fatto il danno (art. 1251 — 3 c. c. = 1204 — 3 *ll. cc.*), e quest'ultimo aveva un'azione solidale contro di esso; giacchè tutti gli autori di un medesimo misfatto o delitto sono solidalmente tenuti a risarcirlo; art. 55 c. pen. = 51 *ll. pen.* (1).

726. Il proprietario di un animale o quegli che se ne serve, nel tempo in cui ne usa, è tenuto pel danno cagionato dall'animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito, o fosse fuggito (art. 1385 c. c. = 1339 *ll. cc.*), e sia che si trovasse sotto la custodia del domestico o garzone del proprietario dell'animale o di colui che lo aveva a suo uso; art. 1584 c. c. = 1338 *ll. cc.*

Così, il cavaliere o il conduttore troppo debole o non abbastanza accorto per ritenere o ben dirigere il suo cavallo che ferisca qualcuno o rompa qualche cosa, è responsabile del danno; l. 8, § 1, ff. *ad legem Aquiliam*. E se il mio pastore lasciasse andare il mio bestiame nel fondo del vicino, dove esso commetta un danno, io son tenuto a risarcirlo.

(1) V. nondimeno pel caso di semplici quasi delitti, la cui riparazione vien dimandata innanzi ai tribunali civili, cioèchè dicemmo nel tomo XI, n.º 194.

727. Il proprietario di un edificio è tenuto pel danno cagionato dalla rovina del medesimo, quando sia avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione, o per vizio della sua costruzione; art. 1586 c. c. = 1340 ll. ec.

728. Se il vizio di costruzione derivasse dall'architetto, e la rovina dell'edificio fosse avvenuta fra dieci anni dal giorno in cui furono ricevuti i lavori, il proprietario avrebbe un regresso contro di lui, senza pregiudizio dell'indennità che gli fosse dovuta benanche pel proprio edificio; art. 1792 c. c. = 1638 ll. ec. esaminato.

729. Noi non conosciamo nel nostro dritto l'azione per ottenere la cauzione del danno pendente, *damni infecti*, che nel dritto romano un proprietario avea contro il vicino il cui edificio minacciasse rovina. I regolamenti di polizia sono bastanti a tal riguardo: puossi costringere il proprietario dell'edificio a ripararlo, ed anche a demolirlo se vi sia luogo.

TAVOLA DELLE MATERIE

LIBRO III.

De' differenti modi con cui si acquista la Proprietà.

CONTINUAZIONE DEL TITOLO III.

De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

CAPITOLO VI.

Della pruova delle obbligazioni e di quella del pagamento. Os-
servazioni preliminari..... Pag. 5

SEZIONE PRIMA.

Della pruova per iscritto.....	20
§ I.° Del titolo autentico.....	21
ART. I.° Osservazioni preliminari.....	26
ART. II.° Esame delle disposizioni principali della legge del 25 ventoso anno XI sul notariato.....	50
ART. III.° Dell'effetto degli atti nulli, considerati come atti au- tentici.....	58
ART. IV.° Dell'effetto dell'atto autentico, della querela di fal- sità e della iscrizione in falso.....	72
ART. V.° Delle controscritture e del loro effetto.....	97
§ II.° Dell'atto in scrittura privata.....	106
ART. I.° Della scrittura privata in generale, e de' suoi effetti	

tra le parti e loro eredi ed aventi causa.....	Pag. 114
ART. II.° Da qual'epoca le scritture private hanno data rispetto alle terze persone.....	151
ART. III.° Degli atti contenenti convenzioni sinallagmatiche....	152
ART. IV.° De' biglietti e delle semplici promesse unilaterali....	178
ART. V.° De' registri dei mercanti.....	208
ART. VI.° De' registri e carte domestiche.....	215
ART. VII.° Delle annotazioni scritte in margine, nella fine o nel dorso di un titolo o di una quietanza.....	226
ART. VIII.° Delle quietanze.....	238
§ III.° Delle tacche a riscontro, ossia delle taglie.....	244
§ IV.° Delle copie de' titoli.....	248
§ V.° Degli atti di ricognizione e di conferma.....	269
ART. I.° Degli atti di ricognizione.....	272
ART. II.° Degli atti di conferma.....	281

SEZIONE II.

Della pruova testimoniale. Osservazioni preliminari.....	312
§ I.° In quai casi la pruova testimoniale non è da sè sola ammessa nei contratti.....	323
§ II.° Non si ammette veruna pruova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma minore di 150 franchi.....	363
§ III.° Eccezioni alle suddette regole.....	378
ART. I.° Eccezione in materia di commercio.....	380
ART. II.° Eccezione quando vi sia un principio di pruova scritturale.....	381
ART. III.° Allorchè non sia stato possibile al creditore di procurarsi una pruova letterale della obbligazione contratta verso di lui, o abbia perduto per un caso fortuito quella che avea.	394
§ IV.° Della deposizione de' testimoni, de' motivi di ripulse, e della valutazione delle deposizioni.....	405

SEZIONE III.

Delle presunzioni. Osservazioni preliminari.....	433
§ I.° Delle presunzioni stabilite dalla legge.....	455

§ II.º Dell' autorità della cosa giudicata	Pag. 476
I.ª CONDIZIONE: Che la sentenza opposta non sia capace di riforma coi rimedj ordinarij, e che non sia stata riformata con alcun rimedio straordinario	483
II.ª CONDIZIONE: Che la cosa dimandata sia la stessa che quella su cui è stata profferita la sentenza	489
III.ª CONDIZIONE: Che la dimanda sia basata sulla medesima causa. 592	
IV.ª CONDIZIONE: Che la dimanda sia fatta tra le medesime parti, precedenti nella medesima qualità	536
§ III.º Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge, e che vengono rimesse alla prudenza del magistrato	575

SEZIONE IV.

Della confessione delle parti	578
§ I.º Della confessione stragiudiziale	579
§ II.º Della confessione giudiziale	588

SEZIONE V.

Del giuramento. Osservazioni preliminari	604
§ I.º Del giuramento decisorio	608
Art. I.º Quale sia il giuramento decisorio, e su quali controverse possa deferirsi	610
Art. II.º A chi possa deferirsi il giuramento	616
Art. III.º Da chi possa deferirsi il giuramento	618
Art. IV.º Il giuramento può deferirsi in qualunque stato di causa. 624	
Art. V.º Come debba prestarsi il giuramento	625
Art. VI.º Effetto del rifiuto di prestare il giuramento deferito o riferito	628
Art. VII.º Non è lecito provare la falsità del giuramento	629
Art. VIII.º Tra quali persone e sopra quali cose il giuramento prestato o rifiutato produca il suo effetto	635
§ II.º Del giuramento deferito di ufficio	641
Art. I.º Del giuramento deferito di ufficio per farne dipendere la decisione della causa	642
Art. II.º Del giuramento deferito dal giudice sul valore della cosa domandata	657

TITOLO IV.

Delle obbligazioni che si contraggono senza convenzione... Pag. 661

CAPITOLO PRIMO.

De' quasi contratti. Osservazioni preliminari..... 662

SEZIONE PRIMA.

Dell' amministrazione de' negozj altrui senza mandato. 664

§ I.^o Che intendasi per quasi contratto di amministrazione di negozj, e motivi che fecero ammettere le obbligazioni che ne sorgono..... *ibid.*

§ II.^o Condizioni richieste affinchè vi sia quasi contratto di amministrazione di negozj 666

I.^a REGOLA : È d' uopo d' aver fatto l' altrui negozio..... 668

II.^a REGOLA : È necessario di aver fatto il negozio senza mandato del proprietario. 670

III.^a REGOLA : Il gestore facendo il negozio di un altro, e spendendo del proprio, convien che abbia avuto l' intenzione di tenerlo per obbligato verso di sè. 676

§ III.^o Quali sono le obbligazioni che derivano dal quasi contratto di amministrazione di negozj. 679

SEZIONE II.

Del pagamento rievuto indebitamente..... 695

CAPITOLO II.

Dei delitti e quasi delitti..... 718

SEZIONE PRIMA.

Osservazioni preliminari..... *ibid.*

SEZIONE II.

Dell'azione civile risultante dai delitti, e quasi delitti, nonchè della
responsabilità di cui ciascuno è tenuto per riguardo a terze
persone, o per riguardo alle cose che ha in sua custodia. Pag. 735

Fine della Tavola.

ERRATA.

- Pag. 10, verso 26, in vece di *decisorio*, leggi *suppletorio*.
 P. 54, ver. 2, in vece di *debitore*, leggi *creditore*.
 P. 58, ver. 1, in vece di *art. II*, leggi *art. IH*.
 P. 72, ver. 9, in vece di *art. III*, leggi *art. IV*.
 P. 97, ver. 14, in vece di *art. IV*, leggi *art. V*.
 P. 392, ver. 22, in vece di *art. 1825 = 1671*, leggi *art. 1525 = 1279*.
 P. 426, ver. 14, in vece di *Lione*, leggi *Grenoble*.
 P. 462, ver. 2, si tolga via il *non*.
 P. 655, ver. 21, in vece di *riferito*, leggi *rifiutato*.

N. B. — Questi errori si rinvennero ancora nel testo francese, comunque il traduttore altri ve ne avesse emendati.

A611467074

